Der Begriff der Idealkonkurrenz

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Helene Bernier
Referendarin zu Rostock

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1928

Referent: Herr Geheimrat Professor Dr. Wachenfeld.

Disposition.

I. Teil: Die Entwicklung des Verbrechensbegriffes.

A. Die vollendete Handlung.

1. Die Handlung i. e. S.
2. Die Unterlassung.
3. Die Handlung mit mehreren Tätigkeiten.
4. Der Erfolg insbesondere und die Handlung mit mehreren Erfolgen.

B. Die versuchte Handlung.

C. Vorsatz und Fahrlässigkeit.

II. Teil: Der Begriff der Idealkonkurrenz.

1. Die Theorie der Verbrechenskonkurrenz.
2. Die Theorie der Gesetzeskonkurrenz.
3. Die Judikatur des Reichsgerichts.
4. Die Behandlung der Fälle der Idealkonkurrenz im StGB. und in den Entwürfen.
5. Die Abgrenzung der Fälle der Idealkonkurrenz von denen der Real- und Gesetzeskonkurrenz.

Literaturverzeichnis.

1. Brunner-Heymann: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl. München-Leipzig 1923.
2. v. Bar: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz. Berlin 1909.
3. Bekker: Theorie des heutigen deutschen Strafrechts. Leipzig 1859.
4. Beling: Die Lehre von Verbrechen. Tübingen 1906.
5. Beling: Grundzüge des Strafrechts. Tübingen 1925.
6. Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 10. Aufl. 1879.
7. Berner: Grundsätze des preußischen Strafrechts.
8. Abegg: Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft.
9. Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. 3. Aufl. Leipzig 1916.
10. Binding: Handbuch des Strafrechts. 1885.
11. v. Buri: Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Beilageheft zu Bd. 31 des GS.
12. v. Buri: Zur Konkurrenzfrage. GS. Bd. 35 S. 517—528.
13. v. Buri: Abhandlungen zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch. Leipzig 1894.
14. Graf zu Dohna: Z. f. ges. Str. W. Bd. XXVII S. 328 ff.
15. Ebermayer: Entwurf eines Strafgesetzbuches. Berlin 1914.
16. v. Calker: Strafrecht. München-Berlin-Leipzig 1924.
17. Coenders: Ueber die ideale Konkurrenz. 1921.
18. Glaser: Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht. Wien 1885.
19. Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin-Leipzig 1923.
20. Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881.
21. Hälschner: System des preußischen Strafrechts. Bonn 1858.
22. Heinemann: Die Lehre von der Idealkonkurrenz. Berlin 1893.
23. Habermaas: Die ideale Konkurrenz der Delikte. Tübinger Diss. 1882.
24. Honig: Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit. 1925.
25. Jagemann: Bestrafung zusammentreffender Verbrechen, im Archiv d. Kriminalrechts. N. F. Bd. des Jahres 1842.

26. Johm: Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen. Berlin 1860.
27. Klein: Grundsätze des peinlichen Rechts.
28. Kleinschrod: Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 3. Aufl.
29. Köhler: Deutsches Strafrecht. 1917.
30. Köhler: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. München 1900.
31. Krug: Abhandlungen aus dem Gebiete des Strafrechts. Leipzig 1885.
32. v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Herausgegeben von Schmidt. Berlin-Leipzig 1922.
33. E. v. Liszt: Vorlesung über die allgemeinen Lehren des materiellen Strafrechts. Graz 1925.
34. v. Lilienthal: Ort der begangenen Handlung.
35. v. Lilienthal: Grundriß zur Vorlesung. Marburg 1900.
36. Liepmann: Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
37. M. E. Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafgesetzbuches. 2. Aufl. Heidelberg 1923.
38. Merkel in Holtzendorff's Enzyklopädie, Bd. I.
39. R. Merkel: Die Kollision rechtmäßiger Interessen. 1895.
40. P. Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1899.
41. Merkel-Liepmann: Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Stuttgart 1912.
42. P. Merkel: Konkurrenz in „Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Bd. V. 1908.
43. Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1. Aufl. Erlangen 1873.
44. Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.
45. Ortloff: *Ne bis in idem.* Goltd. Arch. Bd. 26 S. 186 ff.
46. Ortloff: Die Lehre von der Konsumption der Strafdrohungen sowie von der sogen. Ideal- und Realkonkurrenz und ihre Wirkung auf die Schuldfrage und die Verbrecherauslieferung. Goltd. Arch. Bd. 32 S. 395.
47. Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1907.
48. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1916.
49. Reichardt: Kurzgefaßtes Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Karlsruhe 1912.
50. Reiffel: Ueber Idealkonkurrenz. GS. Bd. 39 S. 498 ff.
51. Rosenblatt: Die Strafkonkurrenz. 1879.
52. Roßhirt: Lehrbuch des Kriminalrechts. Heidelberg 1821.
53. v. Rohland: Die strafbare Unterlassung. Dorpat und Leipzig 1887.
54. v. Rohland: Kausalzusammenhang, Handlung, Unterlassung in Vgl. Darst. Bd. I 1908.

55. Sigwart: Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zur Ursache. Tübingen 1879.
56. Schmidt: Grundriß des deutschen Strafrechts. Leipzig 1925.
57. Stürenberg: Die Bestrafung konkurrierender Verbrechen. 1908.
58. Schwarze: Die Konkurrenztheorien und das Strafgesetzbuch. GS. Bd. 34 S. 575 ff.
59. Thomsen: Das deutsche Strafrecht. Berlin 1906.
60. Thomsen: Untersuchungen über den Begriff des Motivs. 1902.
61. Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.
62. Wachenfeld: Theorie der Verbrechenskonkurrenz. Berlin 1893.
63. Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß. Bd. I. Leipzig 1912.
64. Höpfner: Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Berlin 1901 und 1908.
65. Baumgarten: Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. Breslau 1909.
66. Sarter: Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. Rostock 1904.
67. Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.
68. Frank: Z. f. ges. Str. W. Bd. X S. 169 f.
69. Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch. 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1925.
70. v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1927.

Einleitung.

Die Menschen handeln. Ihre Handlungen sind entweder für die Fortentwicklung des Gemeinwesens günstig, oder sie sind von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet indifferent oder sie schaden dem allgemeinen Besten.

Wenn dies der Fall ist, dann schreitet der Staat ein; er bildet in seinen Rechtssätzen Typen, die dazu bestimmt sind, die heterogenen Geschehnisse des täglichen Lebens unter sich aufzunehmen, soweit sie seinen wirklichen oder vermeintlichen Interessen schaden, und belegt sie mit Strafe. Dies sind dann die Verbotsnormen des Strafrechts. Ja, er greift noch weiter in das Leben des Einzelnen ein, indem er verlangt, daß gewisse Gebote, die er zur Rechtspflicht gemacht hat, befolgt werden. Auch sie sucht er durch Strafen im Falle des Nichtbefolgens dieser Gebote zu erzwingen. Dies sind dann die Gebotsnormen.

Beide kennt das Strafrecht. Es gibt also Recht immer nur in einer Gemeinsamkeit. In einem gemeinschaftslosen Leben gibt es keine Rechtssätze. Dort herrscht Willkür des Einzelnen. Die Gesetze müssen stets von einer Macht gesetzt sein, die über den Einzelnen steht, sei es nun, daß diese Macht einem unter vielen zusteht, sei es, daß sie den Vielen über die Einzelnen zusteht. Der Wille einer übergeordneten Macht bestimmt also stets, ob und wann eine menschliche Handlung ein strafbares Unrecht ist, nicht geschieht diese Bestimmung durch den Willen des Einzelnen.

Der Gesetzgeber faßt seine Gebote in abstrakte Tatbestände. Der Mensch handelt. Da ist es sehr wohl möglich, daß eine Handlung gegen mehrere Verbots- oder Gebotsnormen verstößt. Ebenso ist es möglich, daß ein Mensch eine Reihe von Handlungen begeht, die den Geboten oder Verboten des Gesetzgebers zuwiderlaufen. Es treffen dann die Gesetze resp. die Verbrechen zusammen.

Den Begriff und das Wesen dieser ersten Art des Zusammentreffens darzustellen, ist das Ziel dieser Arbeit gewesen. Es haben sich in der Wissenschaft über dieses Pro-

blem in der Hauptsache zwei scharf von einander unterschiedene Meinungen gebildet.

Die eine geht davon aus, daß das Verbrechen in erster Linie Handlung ist. Eine einzige Handlung liegt aber in allen zur Erörterung stehenden Fällen nur vor. Es kann also deswegen nur ein einziges Verbrechen vorhanden sein, während eine Mehrheit von Gesetzen sich um Anwendung bewerben, so daß ein jedes zutreffend ist, aber ohne daß es die übrigen durch seine Anwendung in ihrer Geltung ausschließt.

Die andere Meinung geht zu einem Teil auch davon aus, daß das Verbrechen Handlung ist, daß ohne Handlungsmehrheit auch eine Verbrechensmehrheit undenkbar ist, zum anderen Teil geht sie davon aus, daß das Verbrechen Normwidrigkeit sei, so daß auch in einer Handlung eine Mehrheit von Normwidrigkeiten zur Entstehung gelangen könnten. Beide treffen sich im Ergebnis, daß nämlich Verbrechensmehrheit bei der Idealkonkurrenz anzunehmen ist. Diese beiden Meinungen darzustellen in ihrer Entwicklung des Begriffes der Idealkonkurrenz und in ihren Ergebnissen und sich dann zu entscheiden, welche von beiden das Richtige trifft, ist Aufgabe dieser Arbeit. Für eine eigene Entwicklung des Begriffes der Idealkonkurrenz war keine Möglichkeit, da sämtliche sich darbietenden Lösungsarten in der Literatur der strafrechtlichen Wissenschaft schon durchgeführt sind.

Wir werden im Laufe der Arbeit zu dem Ergebnis kommen, daß die zuerst erwähnte Theorie u. E. die richtige Erkenntnis des Wesens der Idealkonkurrenz vermittelt. Dennoch behalten wir auch für den Rest der Arbeit die Bezeichnung der in Rede stehenden Fälle als Fälle der Idealkonkurrenz bei, weil unser Thema so lautet, obwohl wir die Bezeichnung für nicht richtig halten.

Von einer geschichtlichen Darstellung der Konstruktionsprinzipien bei der Idealkonkurrenz ist Abstand genommen, da das Thema dieser Arbeit es nicht verlangt und eine Reihe hervorragender Arbeiten gerade über dies Gebiet existieren. Es sind also nur die Meinungen der neueren Doktrin über das Wesen der Idealkonkurrenz dargestellt worden.

§ 1.

1. Teil.

Der Begriff des Verbrechens.

Unter Verbrechen verstehen wir die mit Strafe bedrohte schuldhafte Handlung[1]). Diese Definition läßt erkennen, daß das Verbrechen in dem Sinne, in dem wir es verstehen, sich aus zwei Hauptbestandteilen zusammensetzt: aus subjektiven und aus objektiven Elementen. Die subjektiven Momente fassen wir zusammen unter dem Begriff des Verschuldens, die objektiven unter dem der Handlung.

Nicht immer und überall gestaltete sich der Begriff des Verbrechens in diesem Sinne. Ja, auch heute noch wird die oben gegebene Definition des Verbrechens von vielen Rechtslehrern abgelehnt. Die germanische Rechtsauffassung ging dahin, daß das Verbrechen rein nach dem schädlichen Erfolge beurteilt wurde[2]).

Die römische Rechtsauffassung dagegen betonte einseitig die subjektive Seite des Verbrechens, indem sie den Ton auf den dolus, die verbrecherische Absicht des Täters, legte, woraus der fast völlige Ausschluß der Erfolgshaftung[3]) und die gleichmäßige Bestrafung von versuchtem und vollendetem Verbrechen resultierte.

Diese beiden Extreme trafen zur Zeit der Reception aufeinander und mußten mit der Zeit sich aneinander angleichen. Zwischen ihnen bewegen sich also die verschiedenen

---

1) *cf.* hierzu auch Wachenfeld. L. S. 69/70.

2) *cf.* Brunner-Heymann, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 20. Vgl. z. B. *Lex Ribuaria 1: Si quis ingenuus ingenuum percusserit, solidum unum culpabilis judicetur. Si bis, duos. si ter, tres solidos.*"

3) Dies ist natürlich inbezug auf die Zeit der höchsten Entwicklung des römischen Rechts zur Zeit Justinians gemeint. Die Stufe der reinen Erfolgshaftung, der primitivsten des Rechtslebens, können wir nicht nachweisen, was jedoch nicht für ihr Fehlen im alten Rom spricht.

Auffassungen des Verbrechens, über die auch heute noch keine Uebereinstimmung in Theorie und Praxis herrscht.

Wir wollen nun zuerst den in unserer an den Anfang des § gestellten Definition enthaltenen einen Hauptteil, die Handlung, des näheren untersuchen.

A. Die vollendete Handlung.

§ 2.

Die Entwicklung des Handlungsbegriffes.

Das Wort „Handlung" weist uns, rein ethymologisch betrachtet, darauf hin, daß man zuerst darunter eine manuelle Tätigkeit wahrscheinlich begriff[1]). Im philosophischen Sprachgebrauch wird unter dem Begriff Handlung eine gewollte Körperbewegung im Gegensatz zu den geistigen Vorgängen einerseits und den rein zufälligen Körperbewegungen andererseits verstanden[2]).

Auch im gewöhnlichen Leben bezeichnen wir gewollte Körperbewegungen mit dem Worte Handlung. In der Mehrzahl der Fälle ist aber der Sinn dieses Begriffes im Gegensatz zu dem Sinn des Wortes im philosophischen Sinne weiter gedehnt, insofern als man auch den Erfolg in den Handlungsbegriff einbezieht[3]). Dies resultiert aus der Wichtigkeit, die man dem Geschehen, der Veränderung in der Außenwelt beilegt[3]).

Der typische Verlauf einer Handlung ist folgender: Der Mensch faßt den Entschluß zu einer Tätigkeit. Er richtet seinen Willen auf diese Tätigkeit. Von seinem Gehirn aus geht dieser Wille zur Tat durch seinen Körper wie ein elektrischer Funken und löst in den für die betreffende Körperbewegung in Frage kommenden Muskeln die Bewegung aus. Damit ist alles, was zur Tätigkeit des Menschen gehört, abgetan. Dieser Vorgang stellt die gesamte Handlung in dem obenerwähnten philosophischen Sinne dar.

Die Tätigkeit des Menschen steht aber nicht für sich allein losgelöst im Raume, sondern sie wirkt weiter, und zwar auf die übrigen Körper in ganz bestimmter Weise ein,

1) Höpfner a. a. O. I S. 120.

2) Sigwart a. a. O. *pag.* 129 ff. zitiert bei Heinemann S. 53. Bünger, Z. f. d. ges. Str. W. Bd. 8 S. 540. Beling, Grundzüge des Strafrechts.

3) v. Liszt, Lehrbuch, S. 125.

d. h. sie bewirkt eine Veränderung in der Erscheinungswelt der Dinge. Für diese Veränderung, die wir ihre Wirkung nennen, ist die Tätigkeit die Ursache; die Wirkung aber wird wieder Ursache für die nächste Wirkung, und so geht diese Kette von Wirkung und Ursache weiter, die nach dem Gesetz von der Erhaltung der Kraft sich bis in die Unendlichkeit fortsetzen müßte. Wir können sie jedoch nur eine Weile verfolgen. In ihrem ganzen Umfang interessiert sie uns auch nicht. An einem konkreten Beispiele wollen wir das eben ausgeführte verdeutlichen:

X hat den Entschluß gefaßt, den A durch Erschießen zu töten. Er erwirbt zu diesem Zwecke eine Pistole, die dazu gehörige Munition und erkundet eine günstige Gelegenheit zur Tat. Er legt sich in den Hinterhalt. Als A vorbeikommt, legt er auf ihn an und drückt ab. Die Kugel trifft den Körper des A, so daß der gewünschte Erfolg, der Tod des A, eintritt. Die Kugel verläßt den Körper des A wieder und dringt in den Erdboden ein. Durch den Tod des A verliert seine Familie den Ernährer und muß der Sozialunterstützung zur Last fallen. Dies ist der Tatbestand. Wir wollen ihn analysieren, um zu erkennen, wieviel wir aus ihm herausnehmen müssen, um den Handlungsbegriff des täglichen Lebens zu bekommen. Nach dem Begriff der Handlung muß der Entschluß als ein rein geistiges Element ausgeschaltet werden. Die natürliche Folge des Erwerbes der Waffe und der Munition ist es, daß X jetzt eine Waffe besitzt, das Erkunden der Gelegenheit vermittelt ihm nur die Kenntnis, an welchem Orte und zu welcher Zeit des Tages A ohne Zeugen anzutreffen ist. Eine unmittelbare Verbindung zwischen diesen Geschehnissen und dem Tode des A besteht jedoch nicht. Diese beginnt erst in dem Augenblick, in dem X auf A anlegt und sein Gewehr abfeuert. Diese Bewegung des X bewirkt eine Explosion, durch den hierdurch entstandenen Luftdruck wird die Kugel aus dem Rohr herausgetrieben, durchschneidet den Luftraum und dringt in den Körper des A ein. Die natürliche notwendige Folge der Verletzung ist der Tod des A, die natürliche Folge hiervon wiederum die Bedürftigkeit der Familie.

Die Handlung setzt eine menschliche Tätigkeit voraus. Sie ist der erste Hauptbestandteil der Handlung. Diese Tätigkeit bewirkt eine wahrnehmbare Veränderung in der Außenwelt, den Tod des A. Zwischen dem Schießen und diesem Erfolg bilden die Explosion, die Verwundung etc. die verbindenden Glieder in der Kette von Ursache und Wirkung. Wir wollen sie also als Zwischenwirkungen be-

zeichnen. Das Einschlagen der Kugel in den Erdboden, die Bedürftigkeit der Familie, sind nachfolgende Wirkungen.

Der natürliche Handlungsbegriff umfaßt also alles, was zwischen der Absicht und dem Erfolge einschließlich liegt. Er setzt sich zusammen aus der Tätigkeit des Menschen, den Zwischenwirkungen und dem Erfolge.

Die strafbare Handlung ist ihrem Wesen nach absolut identisch mit der natürlichen Handlung. Vor diesem ist sie nur dadurch ausgezeichnet, daß sie den Tatbestand eines Verbrechens bildet. Dieser Meinung gibt z. B. Bünger[4]) folgendermaßen Ausdruck:

„Handeln im rechtlichen Sinne und natürliches Handeln sind keine heterogenen Begriffe, sondern derselben Begriffsgattung angehörig. Ersteres ist nur ein Ausschnitt aus dem letzteren"[6]). Wenn A einen Menschen tötet, so begeht er eine Handlung, genau so, als wenn er seine Rosen schneidet oder seinen Hund tötet. Die strafbare Handlung ist also in erster Linie auch natürliche Handlung. Sie ist erst dann eine strafbare Handlung, wenn ihr Inhalt unter den Tatbestand einer Gesetzesbestimmung fällt, die für diesen Fall eine Strafe androht. Sie ist also strafbar durch das Wollen des Gesetzgebers, nicht durch das Wollen des Täters.

So wie wir ihn erkannt haben, nämlich, daß der Handlungsbegriff Tätigkeit, Zwischenwirkungen und Erfolg umfasse, wird er von vielen bestimmt. So z. B. von Wachenfeld[7]). Desgleichen sagt auch Liszt: „Handlung ist die willkürliche Körperbewegung mit dem durch sie verursachten Erfolge"[8]). Auch Berner[9]) ist dieser Ansicht: „Handlung ist die lebendige Vermittlung des Willens zur Tat"[10]).

Es wird diese Ansicht aber auch von vielen bestritten. Eine andere Theorie vertritt den Standpunkt, daß auch die Handlung im juristischen Sinne nur = Tätigkeit sei. Unserer Ansicht nach hat diese Meinung den Sprachgebrauch des täglichen Lebens gegen sich. Doch läßt sich weder das

---

4) Z. f. Str. W. Bd. 6 S. 573.

6) Denselben Gedanken drückt auch aus Heinemann a. a. O. S. 53. Desgl. Liepmann, Einleitung S. 25.

7) Wachenfeld, Lehrbuch, *pag.* 83.

8) *cf.* Lehrbuch S. 215.

9) Vers. M. auch M. E. Mayer S. 102. Rathenau a. a. O. S. 71. Stürenberg, a. a. O. S. 6.

10) Lehrbuch S. 112.

eine noch das andere durchaus sicher beweisen, da sich für beide Ansichten in der Sprachweise des täglichen Lebens Beispiele finden lassen. Wachenfeld widerlegt diese Ansicht in seinem Lehrbuch folgendermaßen: „Die Tätigkeit an sich ist strafrechtlich irrelevant. Hält X ein brennendes Streichholz gegen einen Gegenstand, so kann es gute wie böse Folgen haben. Kriminalistisch von Bedeutung wird es erst, wenn dadurch ein Gegenstand in Brand gesetzt wird, dem das Gesetz besonderen gesetzlichen Schutz verleiht. Kommt es also auf die Wirkung der Tätigkeit an, so läßt sich die verbrecherische Handlung nicht ohne Rücksicht auf dieselbe definieren." Diese Ausführungen treffen u. E. das Richtige. Wir können auch aus dem StGB. schließen, daß es den Begriff der strafbaren Handlung in dem von uns gebrauchten Sinne verwendet. Den Beweis hierfür können wir in erster Linie aus dem § 67 StGB., Abs. 4 entnehmen, der lautet: „Die Verjährung beginnt an dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges." Dieser Satz hat nur Sinn, wenn wir ihn in dem Sinne verstehen, daß hier eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, das zur strafbaren Handlung auch der Erfolg gehöre, konstatiert werden soll; denn sonst, wenn das StGB. unter Handlung allein die Tätigkeit verstände, wäre diese Vorschrift vollkommen überflüssig. Zwar wird dieser § auch gerade von der Gegenmeinung als eine Manifestation des Willens des Gesetzgebers angeführt zur Stützung ihrer Ansicht. Wir können diesen Schluß jedoch nicht als richtig anerkennen.

Diese Ansicht wird z. B. von Bekker vertreten[12]): Er stellt der Handlung als inneren Tatbestand den Erfolg als äußeren Tatbestand gegenüber: „Die Handlung reicht so weit wie die Bewegungen des Handelnden selbst. Alle durch diese herbeigeführten Bewegungen und Veränderungen von Außendingen fallen unter den Begriff des Erfolges. Offenbar sind nicht alle Bewegungen Handlungen, nur die als Ausfluß des Willens erscheinenden; aber mit diesen Bewegungen ist das Gebiet der Handlung im strengen Sinne abgeschlossen. Alles, was die Bewegungen des Handelnden wirken, ist als Erfolg der Handlung entgegenzusetzen"[12]).

Bünger[13]) erkennt zwei Elemente der Handlung: 1. das reale der natürlichen Handlung, 2. das dem bezie-

11) Wachenfeld, L. S. 83.
12) Theorie S. 243/245.
13) Ueber Handeln etc. S. 56.

henden Denken entstammende der Relation zwischen Handlung und Erfolg. Derselben Ansicht sind auch Meyer[14]), Höpfner[15]), Zitelmann[16]) u. a.

Bisweilen wird auch die Ansicht vertreten, daß unter Handlung die Tätigkeit unter Zurechnung eines Teiles der Wirkungen, aber unter Ausschluß des Erfolges zu verstehen sei. So sagt z. B. Allfeld: „Meistens erfordert das Gesetz nun für den Tatbestand des Verbrechens den Eintritt eines Erfolges; dieser gerade soll durch die Strafdrohung abgewendet werden. Dieser tatbestandsmäßige Erfolg muß aber mit dem der Handlung selbst eigentümlichen Erfolge nicht zusammenfallen, er kann über diesen hinausgehen und ist insofern nicht Bestandteil der Handlung selbst." Er erläutert diese Ausführungen in der Anm. durch das Beispiel der Körperverletzung. Die Handlung schließt mit der Einwirkung des Handelnden auf den Körper des andern ab. Körperverletzung und Erfolg gehören als Erfolg nicht mehr dazu. Diese Konstruktion wird von ihm in Rücksicht auf die Konstruktion des Versuches gewählt. Daß sie zur Konstruktion des Versuches nicht unbedingt notwendig ist, sondern daß dieses Problem auch mit unserer Auffassung des Handlungsbegriffes zu lösen ist, müssen die späteren Ausführungen zu diesem Problem ergeben. Es wird auch in der Praxis zu Schwierigkeiten Anlaß geben bei der Entscheidung, welche Wirkungen der Tätigkeit noch zur Handlung, welche aber dem Erfolg zuzurechnen sind. Allfeld sagt selbst, daß die Strafe ergeht, um den Erfolg abzuwenden, womit er zweifellos den von ihm so aufgefaßten Erfolg der Handlung im Gegensatz zu dem Erfolg der natürlichen Handlung meint. Wenn vom Gesetzgeber nun das Töten von Menschen unter Strafe gestellt wird, so ist das doch wohl aus dem Grunde geschehen, weil er das Menschenleben schützen will, nicht aber weil er Einwirkungen auf den Körper des Menschen abwenden will. Auch das StGB. können wir zur Stützung unserer Ansicht heranziehen. Zwar ist der Gebrauch des Wortes Handlung im Gesetzbuch nicht ein streng terminologischer, aber der allgemeine Teil hat dennoch einen ziemlich festen Sprachgebrauch herausgebildet. In allen diesen Fällen ist es aber nicht einmal deutlich geworden, daß es einen Einschnitt in

14) Lehrbuch S. 183.
15) *cf.* I, *pag.* 158.
16) Irrtum und Rechtsgeschäft S. 31.
17) Lehrbuch S. 99.

den Wirkungen der Tätigkeit machte. Allzu zahlreich sind die Vertreter dieser Ansicht auch nicht [18]).

Handlung im strafrechtlichen Sinne ist also Tätigkeit + Zwischenwirkungen + Erfolg. In den meisten Fällen interessieren die Nachwirkungen strafrechtlich nicht mehr. Dagegen haben sie häufig für das Zivilrecht Interesse, weil sie bisweilen den Grund zu Schadenersatzansprüchen darbieten. So könnte z. B. in dem von uns erörterten Fall die Familie des A gegen den X eine Schadenersatzklage anstrengen.

Bisweilen jedoch kommen die nachfolgenden Wirkungen auch strafrechtlich in Betracht. Dies ist dann der Fall, wenn das Gesetz für besonders schwere Folgen die Strafdrohung verschärft. Es sind das die Ueberbleibsel der alten Erfolgshaftung. Ein solcher Fall ist z. B. der des § 225 StGB. Diese Ansicht, die in den strafrechtlichen Handlungsbegriff auch die nachfolgenden Wirkungen einbezieht, wird vor allem vertreten von v. Lilienthal [19]) und dem RG. [20]).

Wir sind davon ausgegangen, den Begriff der strafbaren Handlung als einer natürlichen Erscheinung des täglichen Lebens aus dem natürlichen Handlungsbegriff abzuleiten. Dabei sind wir zu dem Resultat gekommen, daß die strafbare Handlung unter den Genusbegriff „Handlung" = natürliche Handlung zu ordnen ist, aber insofern ein specificum ist, als sie ihrem Inhalte nach unter einen vom Gesetzgeber mit Strafe bedrohten abstrakten Tatbestand fällt. Aus diesem Grunde ist sie rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit stellt sich also als eine Relation zur Handlung dar, sie ist nicht etwa eine Eigenschaft der Handlung selbst. Die natürliche Handlung ist eine strafbare, weil der Gesetzgeber seinem Willen Ausdruck gegeben hat, daß alle die Handlungen, die unter die von ihm aufgestellten Tatbestände fallen, mit Strafe belegt werden sollen. Nicht der Wille des Täters macht sie zu einer strafbaren [21]). Denselben Ausgangspunkt haben u. a. Liszt, Wachenfeld, Allfeld, Bierling u. a. gewählt.

Dies von uns angewandte Verfahren hat aber auch entschiedene Gegner gefunden. Diese Gegner fassen das Verbrechen nicht vor allem als Handlung auf, sondern in erster

18) Derselben Ansicht wie Allfeld sind E. v. Liszt a. a. O. S. 63. Francke, Goltd. A. XX, S. 39 f.

19) Ort der begangenen Handlung. S. 7.

20) Z. B., RGE. 1, S. 274.

21) Dieser Ansicht ist z. B. auch Heinemann, a. A. Graf zu Dohna, Z. f. d. ges. Str. W. XXVII, 329.

Linie als zurechenbare Normwidrigkeit[22]). Sie gehen also von einem typisch juristischen Handlungsbegriff aus. So sagt z. B. Graf zu Dohna[23]): Das Verbrechen ist nicht notwendig Handlung, aber stets zurechenbare Normwidrigkeit, indem er auf den Bindingschen Normbegriff zurückgeht.

Die Norm selbst ist nach Binding[24]) ein positiver Rechtssatz des öffentlichen Rechts, ein Gehorsamsgebot des Staates an alle ihm untergeordneten Individuen, der in den meisten Fällen dem ungesetzten Recht angehört und erst aus dem gesetzten Recht, das ihn voraussetzt, geschlossen werden kann. Nach Binding ist das Verbrechen aber auch Handlung. „Handlung ist Selbstverwirklichung des rechtlich relevanten Willens." Dennoch besteht ein großer Unterschied zwischen dem Bindingschen und unserm Handlungsbegriff. Man kann sagen, daß für Binding Handlung die Zurückführbarkeit einer Normwidrigkeit auf einen menschlichen Willen als seine Ursache ist[25]). Zur Verdeutlichung wollen wir einige Stellen Bindings zitieren[26]): Was außerhalb des Rechts Handlung ist oder heißt, ist für dessen Bereich gleichgültig. Für sein Gebiet ist Handlung nichts weiter als die Verwirklichung eines rechtlich relevanten Willens. Das Verbrechen ist Handlung als Selbstverwirklichung eines verbrecherischen Entschlusses und Setzung des verbrecherischen Tatbestandes. Diese Handlung ist also die Einheit von Willensverwirklichung und Erfolg. Sie ist das Verbrechen von seinem juristischen Anfangspunkte bis zu seinem juristischen Endpunkte: So faßt auch das Gesetz den Begriff der Handlung ganz regelmäßig: also soviel Verbrechenstatbestände verwirklicht sind, soviele Handlungen in seinem Sinne liegen vor — nicht mehr, nicht weniger. Diesem juristischen und brauchbaren Handlungsbegriffe kann man einen unjuristischen und unbrauchbaren substituieren. Danach ist Handlung die einzelne Einwirkung auf die Außenwelt, losgelöst von ihrem Grunde, dem juristischen Entschlusse, und ihrer Folge, dem juristischen Erfolge. Sie ist die einzelne Körperbewegung, die Mittel zur Betätigung sehr verschiedener Entschlüsse und Grund sehr verschiedener Folgen sein kann."

22) Graf zu Dohna a. a. O. S. 332 f. Radbruch, Handlungsbegriff, Teil II, S. 138 ff.
23) a. a. O. S. 329.
24) Vgl. N. I. §§ 10, 13, 14.
25) a. a. O. S. 339 (Graf zu Dohna).
26) Handbuch S. 565 f.

Der Gesetzgeber will den Lauf des täglichen Lebens ordnen, den Verkehr der Menschen untereinander durch die Gesetze so gestalten, daß Reibungen nach Möglichkeit vermieden werden. Die Menschen, ihr Tätigwerden, ihr Wirken werden aber auch noch von anderen Wissenschaften beurteilt. In der Sprache spiegelt sich dies Leben wieder. Die Sprache aber bildet Begriffe. Dieser Begriffe muß sich der Gesetzgeber wie der Interpret des Gesetzestextes wie schließlich auch der Richter bedienen. Deshalb kamen wir zu der Entwicklung unseres Handlungsbegriffes als dem einzig angemessenem.

Binding und seine Anhänger stehen auf einem prinzipiell verschiedenen Standpunkt. Unser Handlungsbegriff erfaßt das Verbrechen als konkretes Geschehnis, zum Beispiel, daß der A den B tötet, der C die Uhr des D stiehlt, Bindings Handlungsbegriff dagegen trifft das Verbrechen in abstracto als ein gedankliches Gebilde. Er sieht auch beim einzelnen Verbrechensfall zuerst den verbrecherischen Willen, der sich zum Geschehnis verwirklicht. Wir dagegen sehen als erstes das Geschehnis, aus dem wir den Willen schließen, und zwar als irgend ein natürliches Geschehnis, das seine besondere Qualifikation der Rechtsordnung verdankt. Binding nennt Handlung Setzung des verbrecherischen Tatbestandes; wir sagen, eine Handlung ist dann eine strafbare, wenn sie unter einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren ist. Bindings Definition ist also nicht so sehr eine juristische als vielmehr eine rein rationalistische. Beide Anschauungen schließen einander nicht aus, sondern gehen nebeneinander her. Nur halten wir den von uns gebrauchten für den einzig verwendbaren.

Wir fassen also zusammen und kommen zu dem Resultat, daß Handlung in dem von uns als richtig erkannten Sinne für das Strafrecht die willkürliche Tätigkeit eines Menschen mit ihren Wirkungen bis zum Erfolge einschließlich ist.

§ 2.

Die Unterlassung.

Das StGB. kennt aber auch Tatbestände, wo keine Tätigkeit, sondern gerade das Gegenteil derselben, nämlich ein Nichttätigwerden vorausgesetzt wird. Durch § 1 StGB. werden auch diese mit unter den Begriff der Handlung gezogen, insofern, als das Gesetz überhaupt keinen Unterschied zwischen Handlung und Unterlassung macht. Auch die deutsche Wissenschaft steht fast allgemein auf dem Stand-

punkt, daß dies Vorgehen des Gesetzgebers zu billigen ist[1]). Für Tun und Unterlassen wird bisweilen der allgemeinere Ausdruck Verhalten gewählt[2]).

Das Unterlassen ist also gleich der Tätigkeit, d. h. es ist Tätigkeit im negativen Sinne, so daß wir also unseren Handlungsbegriff definieren können als die willkürliche menschliche Tätigkeit oder Nichttätigkeit mitsamt den Zwischenwirkungen und dem Erfolge, m. a. W. als die auf willkürliche menschliche Tätigkeit oder Nichttätigkeit zurückführbare Veränderung in der Außenwelt.

Wie ist es nun möglich, daß wir Tätigkeit und Nichttätigkeit miteinander identifizieren, obwohl sie doch eigentlich gerade Entgegengesetztes meinen?

Bei der Unterlassung haben wir auf der einen Seite ein Untätigbleiben, auf der anderen Seite einen Erfolg, eine Veränderung der Außenwelt.

Vor allen Dingen ist ein Unterschied zwischen Nichttätigkeit und Untätigkeit zu machen. Untätigkeit bedeutet ein Nichtstun, das ohne einen dabei mitspielenden menschlichen Willen besteht. Dagegen besagt Nichttätigkeit soviel wie willkürliche Nichttätigkeit, d. h. der Mensch, der eine Nichttätigkeit begeht, richtet seinen Willen genau wie bei der Handlung i. e. S. auf die Bewegung, so in diesem Falle auf das Nichtbewegen des Körpers. Es wird also auch hier das zufällige, unwillkürliche, unbewußte Verhalten des Menschen ausgeschaltet. Z. B. der Krankenwärter unterläßt es, dem Kranken zu Hilfe zu kommen, so daß dieser infolgedessen verblutet. Ist diese Untätigkeit auf den Willen des Krankenwärters zurückzuführen, so begeht er eine strafbare Unterlassung. Befand er sich jedoch, als der Kranke seiner Hilfe bedurfte, in einem Zustande, vielleicht in einer tiefen Ohnmacht, der es ihm unmöglich machte, überhaupt eine bewußte Körperbewegung zu begehen, so daß er auch nicht die Gelegenheit zum Handeln erkennen konnte, so begeht er keine strafbare Unterlassung.

Der Erfolg der Unterlassung ist nicht irgendwie vor dem Erfolg der Handlung i. e. S. qualifiziert, sondern er stellt sich auch in diesem Falle als eine Veränderung der Außenwelt dar, die in dem Falle der Unterlassung auf ein willkürliches Nichttätigwerden zurückzuführen ist. Daß zu

---

1) So z. B. v. Liszt S. 123; Wachenfeld, L. S. 97; Meyer-Allfeld S. 98; M. E. Mayer S. 109; Köhler, L. S. 168; E. v. Liszt S. 64; Beling S. 15; Frank S. 18; A. A. Radbruch a. a. O. S. 131 ff; Berner S. 127.

2) So z. B. v. Liszt § 30.

dem Nichttätigwerden des öfteren ein viel größeres Maß an Willen nötig und aufzubringen ist, wird z. B. von M. E. Mayer[3]) durch das Beispiel der Operation nachgewiesen, wo es einen größeren Aufwand an passivem Willen erfordert, stillzuhalten als sich loszureißen.

Zwischen dieser willkürlichen Untätigkeit, die wir bei der Unterlassung konstatieren konnten und dem Erfolg der Unterlassung muß die Verbindung gesucht werden, um die Gleichsetzung von Handlung i. e. S. und Unterlassung zu begründen. Wir müssen also sehen, ob wir die ursächliche Verknüpfung dieser beiden Elemente wie bei der Handlung auch bei der Unterlassung nachweisen können.

Bei den Kriminalisten der gemeinrechtlichen Doktrin wurde diese Frage überhaupt nicht aufgeworfen, da man sich mit dem naturwissenschaftlichen Satz: „Aus Nichts kann Nichts werden" zufrieden gab[4]). Dann wurde zuerst Luden auf diese Frage aufmerksam. Er erklärte die Unterlassung für ein Andershandeln und nahm an, daß dies in der Zeit der Unterlassung für den Erfolg kausal sei.

Merkel verlegte das Moment der Kausalität in die voraufgehende Tätigkeit[5]).

Zuerst suchte wohl Binding die Kausalität der Unterlassung in der Unterlassung selbst[6]). Diese ursächliche Beziehung sollte in dem Unterdrücken des dem Pflichtbewußtsein entspringenden Tätigkeitstriebes bestehen, wodurch der verbrecherische Entschluß gefaßt würde. Dadurch wird ein dem Erfolg entgegenstehendes Hindernis beseitigt und der Eintritt des Erfolges verursacht[7]).

Diese Ansicht ist deshalb unhaltbar, weil danach rein innere Akte der Ueberlegung bestraft würden, was eine Durchbrechung des alten Grundsatzes des Strafrechts, der schon im römischen Recht seine Geltung hatte: „Nemo cogitationis poenam patitur" bedeuten würde.

v. Rohland[8]) meinte, eine besondere Kausalität in Rücksicht auf den rechtlichen Erfolg der Unterlassung ein-

3) M. E. Mayer a. a. O. S.

4) Vgl. hierzu v. Liszt S. 135; M. E. Mayer S. 13, 89.

5) Merkel, Jur. Enz. § Vers. A. Krug, Abh. a. d. Strafrecht, S. 21 f. Glaser, Abh. aus dem öster. Strafrecht S. 289 f.

6) *cf.* N. 2, S. 91, 561; Desgl. Hälschner, v. Buri, Ortmann.

7) Sogn. Interferenztheorie.

8) v. Rohland, Die strafbare Unterlassung, I. Abt. S. 121 f. Vers. Ansicht Haupt, a. a. O. Z. f. d. ges. Str. W. II, S. 533 f. Sigwart S. 33.

führen zu müssen. Der Unterlassende muß die Möglichkeit und die Pflicht zum Handeln erkannt haben, so daß Kausalität und Verantwortlichkeit in einem unmittelbaren Zusammenhange stehen[9]). Damit hat er, wie Wachenfeld richtig ausführt[10]), die allgemein anerkannten Sätze, daß Kausalismus ohne Verantwortlichkeit wohl möglich ist, durchbrochen[11]). Das erläutert folgendes Beispiel, das Mayer in seinem Lehrbuch über den allgemeinen Teil des StGB. bringt: Es tritt jemand in ein Zimmer, in das seit mehreren Stunden Gas ausgeströmt ist, mit einer brennenden Kerze, um die Fenster zu schließen. Das Gas explodiert und ein Brand entsteht. Zwischen dem Eintreten mit der brennenden Kerze und der Explosion besteht sicherlich Kausalzusammenhang, dennoch ist der Täter nicht für seine Tat verantwortlich, wenn er nicht von dem Ausströmen des Gases gewußt hat und den Umständen nach bei vorsichtiger Prüfung der Sachlage nicht hätte wissen können. Es ist dies also ein Fall, in dem wohl Kausalität, aber nicht Verantwortlichkeit gegeben ist.

v. Liszt[12]) konstruiert einen dem Kausalismus der Handlung i. e. S. analogen Kausalbegriff für die Unterlassung, indem er sagt, der Begriff der strafbaren Unterlassung setze voraus, daß durch das dem Täter mögliche und von uns erwartete Tun, das aber dennoch unterlassen worden ist, der eingetretene Erfolg verhindert wäre. „Damit ist ein der Kausalität des Tuns analoges Merkmal, nicht aber die Kausalität selbst, gegeben." Er konstruiert also einen Wesensunterschied zwischen Handlung i. e. S. und Unterlassung. Wäre aber ein solcher vorhanden, so müßte bei gleicher Behandlung der Gesetzgeber sie nebeneinander erwähnen, da das Strafrecht eine analoge Anwendung nicht kennt. Das geschieht aber nicht. De lege lata steht also v. Liszt im Gegensatz zum positiven Recht. Er gibt deshalb konsequenter Weise denen Recht, welche den Sprachgebrauch des Gesetzes ablehnen.

Eine Unterlassung wird dadurch begangen, daß jemand, obwohl er die Möglichkeit einer Tätigkeit eingesehen hat, die geeignet wäre, den Erfolg abzuwenden, diese dennoch willkürlich nicht ausführt, so daß der Erfolg nun doch eintritt. Als willkürliche Untätigkeit ist das Nichttun das Gegenteil des Tuns in concreto, aber dennoch eine Art der

9) *cf.* Wachenfeld, Verbrechenskonkurrenz S. 43.
10) *cf.* Wachenfeld a. a. O. ebendort.
11) *cf.* Wachenfeld, Berner, Lehrbuch S. 457.
12) Lehrbuch S. 133.

Tätigkeit. Also ist die Unterlassung Handlung. Sie ist es nur dann nicht, wenn es sich um eine unwillkürliche Nichttätigkeit handelt, z. B. der Wächter wird durch einen Knebel daran gehindert, einen Warnungsruf auszustoßen [13]). Folgendes Schema, das dem Lehrbuch von M. E. Mayer entnommen ist, veranschaulicht sehr gut das, was zur Handlung gehört [13]).

Um die Unterlassung zu einer strafbaren zu machen, muß hinzukommen, daß eine Rechtspflicht zur Vornahme der Tätigkeit bestand. Diese kann durch Gesetz auferlegt, durch Vertrag übernommen sein oder sich aus den tatsächlichen Verhältnissen ergeben.

Unterlassung im strafrechtlichen Sinne ist also die willkürliche Nichtvornahme einer von der Rechtsordnung erwarteten, also zur Pflicht gemachten Tätigkeit [14]).

Das Beispiel einer solchen Unterlassung ist folgendes: Durch das Tun eines Menschen oder auch durch Herabbröckeln von einer Felswand ist ein Stück Stein, das geeignet ist, den Zug zur Entgleisung zu bringen, auf den Schienenstrang einer Eisenbahnlinie gefallen. Der die Strecke kontrollierende Beamte bemerkt ihn wohl, tut aber dennoch nichts zu seiner Entfernung, obwohl dies zu seinen Dienstobliegenheiten gehört. Der Zug entgleist. Ganz allein durch die Tätigkeit des X wäre dies geschehen, wenn der Beamte schon ehe der Stein auf die Strecke kam, die Unglücksstelle passiert hätte. Der Beamte, der dazu kommt, wäre in der Lage gewesen, diese angeregte Kausalitätskette zu unterbrechen. Darin daß er es nicht tut, liegt gewissermaßen eine Uebernahme der Herrschaft über sie. Darin, daß er sie nicht unterbricht, liegt eine Billigung. Er bedient sich ihrer ebenso, wie wenn er selbst den Stein auf die Strecke gebracht hätte. Sein Nichteinschreiten wirkt also ebenso kausal wie es seine Handlung getan haben würde. Deshalb ist es berechtigt zu sagen, daß das Moment der Kausalität auch bei der Unterlassung gegeben sei [15]).

13) *cf.* M. E. Mayer S. 109/110.
14) *cf.* Wachenfeld, Lehrbuch S. 94.
15) Derselben Ansicht Wachenfeld, Lehrbuch S. 95, M. E. Mayer S. 98.

Es steht also nichts mehr an Bedenken im Wege, die Unterlassung der Handlung i. e. S. gleichzusetzen. Unterlassung und Handlung i. e. S. sind einander wesensgleich. Die Unterlassung ist eben Handlung im negativen Sinne.

§ 3.

Die Handlung mit mehreren Tätigkeiten.

Eine Handlung setzt notwendiger Weise immer ein Tun bzw. Nichttun voraus. Ein mehrfaches Nichttun können wir nicht zur selben Zeit unterscheiden bei Andauern desselben menschlichen Verhaltens. Bei der Handlung i. e. S. aber können wir mehrere Tätigkeiten uns nebeneinander denken. Es ist nun zu untersuchen, ob ein mehrfaches Tätigwerden mit der Handlungseinheit vereinbar ist oder ob es sie notwendig ausschließt.

Man hat wohl bisweilen gesagt, daß es von Wichtigkeit für die Unterscheidung, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen, ist festzustellen, daß sie gleichzeitig sind. Ein einfaches Beispiel ist imstande, diese Meinung zu widerlegen. In einer Schlägerei ersticht X den A mit einem Messer, das er in der linken Hand hält, während er zu ganz derselben Zeit den B mit einer Pistole, die er mit der rechten Hand abschießt, niederstreckt. Obwohl die beiden Tätigkeitsakte zu ganz genau derselben Zeit vorgenommen worden sind, liegen dennoch zwei Handlungen und damit zwei Verbrechen vor. Die Zeit der Begehung ist also kein Kriterium für die Einheit der Handlung.

Man hat ferner versucht, für die Mehrheit der Tätigkeit bei Handlungseinheit das Kriterium der einheitlichen Absicht aufzustellen[1]). Die Tätigkeit ist aber ein Teil der Handlung, d. h. jenes Bestandteiles des Verbrechens, das die objektiven Merkmale des Verbrechens in sich vereinigt. Aus diesem Grunde können wir bei einem Problem nicht subjektive Gesichtspunkte zur Unterscheidung maßgebend sein lassen. Es widerspricht die oben angeführte Ansicht aber auch den Gerechtigkeitsgedanken. Würde dieser Gesichtspunkt allgemein anerkannt von der Gesetzgebung und der Judikatur der Gerichte, so würde also der Verbrecher in Zukunft darüber durch seine Absicht entscheiden, wieviele Verbrechen er begeht. Gerade der Kluge, Raffinierte würde hiervon ausgiebigen Gebrauch machen, obwohl er, weil der für die

1) Z. B. John S. 98. Hälschner, System, I, S. 497. Rüdorff a. a. O. zu § 73 Nr. 2; du Mesnil S. 17.

staatliche Rechtsordnung Gefährlichere, strafwürdiger ist als der harmlosere Gelegenheitsverbrecher.

Wir wollen, um das entscheidende Moment zu bekommen, wiederum von der natürlichen Handlung ausgehen. Wenn man eine Masche stricken will, dann muß man die Nadel in die vorhergehende Masche stecken, den Faden zwischen die beiden Nadeln legen, ihn durch die vorhergehende Masche ziehen und diese von der Nadel gleiten lassen. Dann ist eine einzige Masche gestrickt. Dennoch sind hierzu vier Bewegungen der Hand nötig, und trotzdem wird es niemandem einfallen, um deswillen eine Mehrheit von Handlungen anzunehmen.

Unsere Regel bewährt sich also, die wir schon bei der Entwicklung des Handlungsbegriffs aufgestellt haben, daß die Tätigkeit allein nicht zu betrachten ist, sondern stets in Rücksicht auf den Erfolg.

Auch unter den Deliktstatbeständen gibt es solche, die schon tatbestandsmäßig eine Mehrheit von Tätigkeiten voraussetzen, z. B. § 183. Die mehreren Tätigkeiten können in dem einen Fall die mehreren Worte, in dem anderen Falle die mehreren unzüchtigen Handlungen sein.

Aber auch Tatbestände, welche an sich diese Mehrheit noch nicht voraussetzen, können im konkreten Falle durch eine Handlung mit mehreren Tätigkeiten erfüllt werden. Z. B. wird der Tötungs- resp. Mordparagraph auch dadurch erfüllt, daß X beschließt, den A durch mehrere Dosen Gift, die er ihm an verschiedenen Tagen verabfolgt, zu töten und dies Ziel auch erreicht.

Genau ebenso liegt es, wenn X den A nicht durch Gift, sondern durch Hammerschläge töten will. Wenn er nun dies Unternehmen, etwa weil der A ein starker Mensch ist, nicht durch einen Hammerschlag ausführen kann, sondern des öfteren zuschlagen muß, so begeht er dennoch nur einen Mord bzw. Totschlag.

Wir müssen es also bei Beantwortung dieser Frage immer auf den Erfolg abstellen. In der Regel werden soviele Tätigkeiten zu einer Handlung zu rechnen sein, als zur Erreichung des Erfolges als der Veränderung der Außenwelt nötig sind. Dies ist aber nicht so zu verstehen, als ob nur soviele Tätigkeitsakte in einer Handlung vorhanden sein dürfen, wie unbedingt zur Erreichung eines Erfolges nötig sind, so daß man dazu käme zu sagen, daß bei Ueberschreitung des notwendigen Tätigkeitsgehalts nicht mehr Einheit der Handlung anzunehmen wäre. Man käme dann dazu zu sagen, der X, der, nachdem er den A erschlagen hat,

diesem, um ganz sicher zu gehen, auch noch den Kopf abschneidet, habe mehr als eine Tötungshandlung begangen, was man doch offenbar nicht vertreten kann.

§ 4.

Der Erfolg insbesondere und die Tätigkeit mit mehreren Erfolgen.

Durch die Tätigkeit bzw. durch das Nichttätigwerden ist ein Erfolg, eine Veränderung, in der Außenwelt erzielt worden. Der Zustand, der besteht, ehe das Tun beginnt, ist nach der Tat ein anderer. Diese Veränderung der Außenwelt kann direkt durch die Tätigkeit des Menschen bewirkt werden, z. B. beim Diebstahl, der Unterschlagung etc. oder aber nur mittelbar, dadurch daß sich infolge der Tätigkeit des Menschen Naturgewalten gesetzmäßig verhalten. Z. B. bei der Tötung durch elektrischen Strom. Die Veränderung in der Außenwelt kann entweder eine vorübergehende sein, z. B. der der Freiheit Beraubte wird wieder in Freiheit gesetzt, oder sie dauert an, d. h. sie bewirkt einen neuen Zustand, z. B. so bei den Tötungshandlungen.

Der Erfolg muß durch die Tätigkeit des Menschen eingetreten sein. (Nichttätigkeit.) Er kann ihre einzige oder eine unter mehreren Wirkungen sein. Wenn nun mehrere Wirkungen vorhanden sind, welche ist dann als Erfolg zu bezeichnen?

In dem natürlichen Sprachgebrauch benennen wir diejenige Wirkung mit der Bezeichnung Erfolg, die als die hauptsächlichste, als die beabsichtigte sich uns darstellt. Bei vorsätzlichem Handeln ist es oft diejenige Veränderung, die vom Täter beabsichtigt war[1]), wobei Absicht ex post betrachtet, die Uebereinstimmung des Erfolges mit der Vorstellung des Täters, ex ante betrachtet, der psychologische Vorgang, der durch die Vorstellung von einem durch die Betätigung oder Nichtbetätigung eintreten sollenden Veränderung der Außenwelt ist, der den Willen zu dieser Betätigung auslöst. Man könnte also in diesem Falle des vorsätzlichen Handelns sagen, daß der Erfolg die gewollte Wirkung ist, wenn es auch ungenau ist, so zu formulieren, da im strengen Sinne ja nur die Tätigkeit gewollt sein

1) *cf.* Mayer a. a. O. S. 112. Frank § 59 VI.: Absicht ist motivierende Erfolgsvorstellung. Wachenfeld, Lehrbuch S. 156: Absicht liegt nur dann vor, wenn die Vorstellung vom Erfolg treibendes Motiv zum Handeln bildet. Vers. M. auch Thomsen a. a. O. Wach, vgl. Darstellungen S. 57.

kann, unmittelbar gewollt, während der Eintritt des Erfolges in sehr vielen Fällen von einer Zahl Bedingungen abhängt, die von dem menschlichen Willen absolut unabhängig sind und infolge dessen der Beeinflussung durch ihn entzogen sind [2]).

Im strafrechtlichen Sinne ist uns die Beantwortung der Frage wesentlich erleichtert. Dort ist der Erfolg die tatbestandsmäßige Wirkung, d. h. die Wirkung, um derentwillen der Gesetzgeber seine Strafdrohung erlassen hat. Der Erfolg im strafrechtlichen Sinne ist also die natürliche Wirkung in ihrer rechtlichen Bedeutung [4]).

Für unser Thema ist es wichtig festzustellen, ob der Erfolg als Individualisierungsmerkmal der Handlung in Betracht kommt, wie es von einer ganzen Reihe von Schriftstellern behauptet wird. Genau präzisiert heißt die Frage, die hier zu beantworten ist, ob Einheit der Handlung und Mehrheit der Erfolge zusammentreffen können. Vorerst jedoch ist die Meinung zu widerlegen, die behauptet, daß es auch möglich ist, Handlungen und damit auch Verbrechen zu konstatieren, die keinen Erfolg haben, m. a. W. daß es Verbrechen gibt, die vom Gesetzgeber um der bloßen Tätigkeit willen mit Strafe belegt werden. Es sollen das die sogenannten reinen Tätigkeitsdelikte oder Formaldelikte sein [5]). Von den Vertretern dieser Ansicht werden Tatobjekt und Schutzobjekt einander gegenübergestellt. Die Beleidigung wird vielfach als ein solches Formaldelikt aufgefaßt [6]). Dagegen ist zu entgegnen, daß bei der Einteilung der Welt in Ich und Nichtich die Innenwelt des anderen zu meiner Außenwelt gehört [7]). Als Beispiele von weiteren Formaldelikten werden genannt: Beschimpfung, Meineid, § 361, pos. 2, 3; § 368, pos. 5; u. a. m.

Ein Beispiel soll unsere Meinung, daß auch in allen diesen Fällen ein Erfolg vorhanden ist, erläutern. Noch nicht das Aussprechen der Beleidigung macht die Handlung

---

2) Vgl. hierzu M. E. Mayer a. a. O. S. 111 ff..

4) *cf.* Wachenfeld, Lehrbuch S. 82.

5) Diese werden angenommen von Frank, I, II, 2; Reichsgerichtsräte-Kommentar S. 37. Beling, Verbrechen S. 206, u. a. a. A. z. B. Wachenfeld, L. S. 73; Liszt-Schmidt, § 78 (mit Ausnahme der Polizeidelikte). M. E. Mayer S. 119 f; Gerland a. a. O. S. 85.

6) aber nicht von Beling trotz seiner sonstigen Einstellung.

7) So z. B. v. Liszt und M. E. Mayer.

zu einer strafbaren. Werden die beleidigenden Aeußerungen dort ausgesprochen, wo es absolut sicher ist, daß sie von keiner Menschenseele gehört werden, also vielleicht im dichtesten Wald oder im Innern von Zentralafrika gegen Herrn Lehmann in Berlin in deutscher Sprache, so liegt noch keine Beleidigung im strafrechtlichen Sinne vor. Um eine solche anzunehmen ist es nötig, daß der Beleidigte oder ein Dritter sie vernommen hat. Der Eindruck, den sie auf ihn oder den Dritten machen, müssen wir zum Tatbestand hinzurechnen. Dieser Eindruck aber ist nichts anderes als der Erfolg, der allerdings zeitlich fast mit der Tätigkeit zusammentrifft.

Von Frank wird das Beispiel des § 361, 2, angeführt: Das Zurückreisen des Ausgewiesenen ist nur die Tätigkeit. Der Erfolg ist aber der rechtswidrige Aufenthalt im Lande trotz staatlichen Verbotes[8]).

Ein Erfolg scheint auch bei den Gefährdungsdelikten zu fehlen[9]). Es wird bei dieser Kategorie von Delikten das Anbahnen einer Kausalkette unter Strafe gestellt, die zu der Verletzung eines Objektes oder einer Person führen kann, diesen Erfolg aber noch nicht gehabt hat. Erfolg dieser verbrecherischen Tätigkeit ist vielmehr die Gefahrlage für das Objekt: „Die Möglichkeit einer Verletzung“[10]). In den gesetzlichen Tatbeständen wird entweder die Gefahr vom Gesetzgeber als Begriff genannt, so §§ 312—318, oder es wird eine Umschreibung gebraucht, so § 229. Der Richter muß also jedesmal prüfen, ob eine Gefährdung vorgelegen hat. Das ist nicht nötig bei den sogenannten abstrakten Gefährdungsdelikten, wie Zweikampf und Aussetzung. Es wird bei diesen Verbrechen ein für alle Mal der Gefährdungserfolg präsumiert.

Nach dieser Abschweifung kommen wir zu dem eigentlichen Thema dieses § zurück. Wir hatten gefunden, daß der Erfolg die natürliche Wirkung der Handlung in ihrer rechtlichen Bedeutung ist. Diese Definition wird naturgemäß von denjenigen, welche die Richtigkeit unseres Handlungs- und Verbrechensbegriffes bestreiten, in Abrede ge-

---

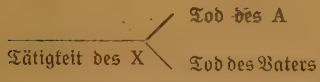
8) *cf.* hierzu Wachenfeld S. 73.

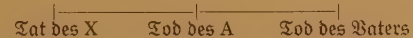
9) Er wird geleugnet von v. Buri. a. A. Wachenfeld S. 72. Liszt S. 129. Grundsätzlich derselben Meinung auch M. E. Mayer, der jedoch für „Erfolg“ „Eigenschaft eines Erfolges“ setzt.

10) Herrschende Lehre z. B. M. E. Mayer S. 128. Vgl. hierzu Olshausen a. a. O. § 52, Note 7.

stellt. So sagt z. B. Binding: „Erfolg ist die Verletzung eines konkreten Rechtsgutes“ [11]). Hierzu ist ungefähr dasselbe zu sagen, wie zu seinen Ausführungen über den Handlungsbegriff. Seine Definition des Erfolges trifft nicht den konkreten Erfolg, der in Frage steht, sondern allgemein einen verbrecherischen Erfolg, der lediglich in der Welt des Denkens besteht. Rechtsgut ist nach Bindings eigener Definition das im Zustande der Geschütztheit durch Normen befindliche Interesse des Einzelnen oder der Gesamtheit [12]). Ein solches Rechtsgut kann aber nur dadurch verletzt werden, daß der Staat ihm den rechtlichen Schutz entzieht.

Aus einem einzigen Tätigwerden bzw. Nichttätigwerden können aber auch mehr als ein Erfolg hervorgehen. Wenn nun der Erfolg die Handlung individualisieren könnte, so wäre also der Meinung Recht zu geben, die bei Erfolgsmehrheit Handlungsmehrheit annimmt. Folgende Beispiele mögen als Veranschaulichungsmaterial dienen. A schüttelt einen Baum, um die Früchte zu bekommen. Dabei beschädigt er den Baum selbst, indem er einen Ast abschlägt. Die eine Tätigkeit hat also zwei Erfolge. Das gleiche sehen wir, wenn wir den Fall betrachten, daß X das Haus des A in Brand steckt, wobei der B mitverbrennt. In diesen Fällen sind die erzielten Erfolge von einander verschieden. Sie können aber auch einander gleichartig sein, nämlich z. B. wenn der eine Schuß des X seinen Vater und den A tötet. Das graphische Bild dieses Falles ist folgendes:





Die gleiche Kausalkette, von der einen Tätigkeit des X angeregt, führt zur Tötung des X und des A. Die Kausalkette, die zur Tötung des X führt, ist nur um einige über diese Tötung hinausragende Glieder erweitert. Ein etwas anderes graphisches Bild bietet der Fall, daß X durch einen Bombenwurf a) B und C verletzt, b) A verletzt und das Haus des B beschädigt, und zwar durch je einen Splitter der Bombe.

Gemeinsam ist in diesem Falle nur das erste Glied der Kausalkette, die sich dann in zwei selbständig verlaufende Teile teilt. Verursacht sind aber die beiden Erfolge durch die eine Tätigkeit des X.

---

11) *cf.* Binding, Handbuch S. 169.

Diese Beispiele ergeben, daß sich trotz Einheit der Tätigkeit eine Mehrheit realer Erfolge ergeben, z. T. der gleichen, z. T. verschiedener Art. Vorher hatten wir festgestellt, daß eine Handlung eine Mehrheit von Tätigkeiten aufweisen kann, ohne daß die Einheit der Handlung gestört wird. Auch die Frage, ob eine Mehrheit von Erfolgen, die Handlungseinheit zerstöre, ist zu verneinen. Wie es für das Wesen der Körperverletzung gleichgültig ist, ob die geschlagene Wunde leicht oder tief ist, so ist es auch gleichgültig, ob das eine oder andere Element der Handlung einmal oder mehrere Male in der Handlung enthalten ist. Notwendig ist es nur, daß jedes der Elemente einmal in ihr enthalten ist, denn alle Elemente sind einander gleichwertig. Alle müssen demnach vorhanden sein. Aber das Vorhandensein des einen oder anderen Elementes in höherer Potenz, vermag an dem Wesen der Handlung als Einheit nichts zu ändern. Dies tritt für das Gebiet des Strafrechts ganz besonders dann deutlich hervor, wenn durch die Handlung zwei gleichartige Erfolge verursacht sind.

In besondere Konflikte geraten aber die, die den Erfolg als Individualisierungsmerkmal der Handlung ansprechen, für den Fall, daß nur ein natürlicher Erfolg erreicht ist, der aber von mehrfachen rechtlichen Gesichtspunkten aus betrachtet werden kann. Z. B. in dem Fall, daß der Bruder seine verheiratete Schwester notzüchtigt. Ein einziger Erfolg ist vorhanden: die copula carnalis zwischen den Beiden. Dieser eine Erfolg kann aber sowohl als Erfolg der Blutschande-Zerrüttung der Familienbande- wie als Erfolg der Notzucht-Beleidigung der Geschlechtsehre der Schwester und Kränkung in ihrer persönlichen Freiheit, wie auch schließlich als Erfolg des Ehebruchs — Verletzung der ehelichen Treue — erscheinen. Stets ist aber nur eine Tätigkeit — die einmalige Beischlafsvollziehung — und ein realer Erfolg — die copula carnalis zwischen dem A und seiner Schwester — gegeben. Wenn man aber trotzdem auch hierbei der Meinung ist, daß der Erfolg Individualisierungsmoment der Handlung sei, so kommt man zu dem Widerspruche, daß die Verbrechen nur durch die verschiedenen verletzten Gesetze unterschieden werden, d. h. wir kommen zu der Definition: „das Verbrechen ist Normwidrigkeit". Diese Definition haben wir nach eingehender Untersuchung für den in Rede stehenden Fall ablehnen müssen. Wir kommen also zu dem Schlusse, daß sehr wohl trotz Mehrheit der Erfolge bei Einheit der sie verursachenden Tätigkeit Handlungseinheit anzunehmen ist. Der Erfolg ist also nicht

Individualisierungsmerkmal der Handlung und Mehrheit des Erfolges und Handlungseinheit sind also nicht einander widerstreitende Begriffe, sondern sie können sehr wohl zusammenstimmen [12]).

B. Die versuchte Handlung.

Zur Handlung gehört Tätigkeit und Erfolg. Mit diesem Grundsatz scheint die Bestimmung des StGB. § 43 in Widerspruch zu stehen, nach der schon gestraft werden soll, wenn „der Entschluß ein Verbrechen oder Vergehen zu begehen, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführungshandlungen darstellen, betätigt ist".

Zu bedenken ist aber, daß es sich bei der Bestimmung des StGB. über den Versuch nicht um eine selbständige Bestimmung handelt, sondern daß der Versuchsparagraph immer nur in Rücksicht auf eine andere selbständige Gesetzesbestimmung in Kraft tritt.

Diese Gesetzesbestimmung hat dem Vorsatz des Täters nach durch die konkrete Handlung verletzt werden sollen; Daraus folgt, daß es keinen spezifischen Versuchsvorsatz gibt [1]). Ist die Handlung vollendet, so kommt der § überhaupt nicht zur Anwendung. Er wird dann konsumiert durch die Anwendung der Gesetzesbestimmung über die vollendete Handlung. Erst wenn diese infolge des Fehlens derjenigen natürlichen Wirkung, die wir Erfolg nennen, nicht möglich ist, dann kommt eventuell die Versuchsvorschrift zur Anwendung. Das geschieht aber auch nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 43 vorlagen und wenn das geplante Verbrechen ein vorsätzliches war. Dies ist zwar bestritten [2]). Wir halten jedoch diese Meinung in Rücksicht auf die beiden Begriffe versuchte Handlung einerseits und Fahrlässigkeit andererseits, unvereinbar. Es genügt jedoch zur Anwendung der Versuchsvorschrift anerkanntermaßen schon das Vorhandensein des dolus eventualis [3]).

---

12) Derselben Ansicht: Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz, v. Liszt, Beling u. a.

1) *cf.* Frank. Vgl. Wachenfeld S. 168. RG. Bd. 12 S. 64; Bd. 19 S. 20; derselben Ansicht auch M. E. Mayer, der jedoch Bedenken hinsichtlich des *dolus eventualis* hat.

2) Von Binding und Frank wird die Annahme des Versuches bei fahrlässiger Handlung als möglich angenommen. *cf.* Binding, Gr. S. 130, Frank, § 43, VI, 2.

3) *cf.* Wachenfeld S. 163; v. Liszt S. 201; Allfeld S. 211; Finger, I, S. 310; Schwartz, § 43, Note 1.

Eine versuchte Handlung, d. h. eine nicht vollendete Handlung, liegt dann vor, wenn die durch die menschliche Tätigkeit angebahnte Kausalkette nicht diejenige natürliche Wirkung ausgelöst hat, die wir Erfolg nennen. Dies Glied muß wirklich fehlen, es genügt nicht die irrtümliche Annahme dazu[4]).

Man ist sich nun nicht darüber einig, aus welchem Grunde die versuchte Handlung unter Strafe gestellt wird. v. Liszt und seine Anhänger halten die versuchte Handlung um deswillen für eine strafbare, weil in ihr eine abstrakte Gefahr für das gefährdete Rechtsgut erblickt werden müßte, und zwar soll die Gefährlichkeit der Willensbetätigung den Strafgrund ausmachen[5]). Eine konkrete Gefahr besteht ja aber nicht mehr, weil es inzwischen klar geworden ist, daß die verbrecherische Handlung bis in das Versuchsstadium gelangt ist[6]).

Binding sieht den Versuch als eine teilweise Verwirklichung der verbrecherischen Absicht[7]) an. Hiergegen ist folgendes einzuwenden: Absicht sind die auf Erfolge gerichteten Beweggründe der Willensbetätigung[8]), oder, wie Frank sagt, motivierende Erfolgsvorstellungen. Das Charakteristische der versuchten Handlung aber ist es gerade, daß hier der Erfolg ganz fehlt. Deshalb kann die Absicht auch nicht zum Teil verwirklicht sein.

Rossi, Lammasch, Herzog und Klee[9]) betonen einseitig die Gefährlichkeit des Täters, indem sie ihm die Perfektionskraft zutrauen, woraus sich für sie die Strafbarkeit des Versuchs ergibt. Diese Einstellung zu der Frage muß um deswillen verworfen werden, weil der Delinquent um einer Sache willen, die er nicht getan hat, verurteilt wird, nur weil die Befürchtung besteht, daß er noch ein zweites Mal den Versuch wagen könnte. Immerhin kommt diese Ansicht dem wahren Grunde schon entschieden näher. Den richtigen Gesichtspunkt haben unseres Erachtens Wachenfeld[10]), M. E. Mayer[11]), Kohler[12]), E. von Liszt[13]) gefunden. Sie sehen den Grund der Strafbarkeit

4) *cf.* Wachenfeld, L. S. 167.
5. v. Liszt, L. S. 202.
6) *cf.* Wachenfeld, L. S. 170.
7) N. III, S. 441.
8) *cf.* M. E. Mayer S. 113.
9) Zitiert bei v. Liszt, L. S. 202.
10) *cf.* Lehrbuch S. 170/171.
11) S. 345.
12) Studien, I, S. 20.
13) Z. f. Str. W. 25, S. 24.

der versuchten Handlung in der abstrakten Gefährlichkeit, die sie sowohl für das gefährdete Rechtsgut wie damit für die Rechtsordnung überhaupt bietet. In vielen Fällen ist durch die versuchte Handlung ein erneuter Angriff auf das Rechtsgut erleichtert. Z. B. wie Wachenfeld ganz richtig sagt, ist es sehr viel leichter, wenn schon einige Dosen Gift verabreicht sind, der gewünschte Erfolg aber nicht eingetreten ist, dies Unternehmen weiterzuführen, da ja der zweite Täter soviel weniger Dosen Gift zu verabreichen braucht, als der erste Täter schon gegeben hat. Der Versuchsparagraph gibt aber den Justiz- und Polizeiorganen die Möglichkeit, schon einzugreifen, ehe das Verbrechen den gewünschten Erfolg gezeitigt hat.

Alle diese Schriftsteller haben insofern in ihrer Stellungnahme etwas gemeinsames, als sie alle objektive Gesichtspunkte als Strafgrund heranziehen.

Im scharfen Gegensatz zu ihnen steht v. Buri, der die rein subjektive Theorie, die schon das römische und kanonische Recht beherrschte, neu begründete. Den Grund für die Strafbarkeit bei der vollendeten wie bei der versuchten Handlung sieht er in der Aeußerung und Betätigung des verbrecherischen Willens. Dieser Standpunkt, den außer ihm noch Delaquis und das Reichsgericht teilen, führt konsequent zu dem Ergebnis der gleichen Strafbarkeit von versuchter und vollendeter Handlung. Diesem Schluß stehen aber die positiven Bestimmungen unseres Strafgesetzbuches § 43 entgegen. Schon aus diesem Grunde ist diese Ansicht zu verwerfen.

Eine versuchte Handlung liegt dann vor, wenn ein „Anfang der Ausführungshandlungen": „commencement d'exécution" [14]) gegeben ist. Das bedeutet auf der einen Seite, daß die Vorbereitungshandlungen straflos sind, wenn nicht eine besondere Gesetzesbestimmung anderes besagt.

Dem Anfang der Ausführungshandlungen steht gegenüber das Ende der Ausführungshandlungen. Die Handlung kann, um als Versuch zu gelten, alle Glieder der Kausalkette umfassen mit alleiniger Ausnahme des Erfolges und den zeitlich hinter diesen folgenden Gliedern der Kausalkette. Also wenn A auf B anlegt und auf ihn schießt, so liegt schon dann versuchte Tötung vor, wenn er ihn verfehlt, aber auch dann noch, wenn er ihn bei vorsätzlichem Handeln trifft, die Wunde aber nicht tödlich ist.

---

14) Für diese Materie ist der *code pénal* vorbildlich geworden.

Wir können die zwei Fälle unterscheiden:

a) Die Handlung bleibt im Stadium des Versuches stehen, ehe die Ausführungshandlungen des Täters beendet sind.

b) Die Tätigkeit des Täters ist wohl beendet, der Erfolg aber infolge äußerer Umstände ausgeblieben [15]).

Zu der Abteilung b) unterscheiden wir wieder folgende drei Fälle, die, auf unser Beispiel angewendet, folgendermaßen lauten würden [16]):

1. Der Eintritt des Erfolges ist ungewiß, aber von einer weiteren Einwirkung des Täters unabhängig: Die Verletzung ist lebensgefährlich, aber der Ausgang noch unsicher.

2. Der Eintritt des Erfolges ist sicher, aber der Verletzte lebt im Augenblick noch.

3. Der Nichteintritt des Erfolges ist sicher, die Verletzung ist leicht.

Wir unterscheiden beim Versuch den unbeendeten Versuch, s. Gruppe a, und das fehlgeschlagene Verbrechen, s. Gruppe b vor allem Nr. 3. Wann das eine oder das andere vorliegt, richtet sich danach, ob die Ausführungshandlungen beendet sind oder nicht.

Vielfach wird auch folgender Fall als Versuch angesehen: A glaubt eine fremde Sache zu zerstören, während es sich um die eigene handelt. v. Liszt [17]) nimmt in diesem Fall Versuch an, weil der Erfolg, die Beschädigung einer fremden Sache nicht eingetreten ist. Die weitaus überwiegende Meinung geht aber daraufhin, in diesem Falle Putativdelikt anzunehmen. Die erste Ansicht kommt zu ihrem Standpunkt, weil sie alle Tatbestandsmerkmale gleichmäßig berücksichtigt. Das RG. führt aus [18]): „Gleichgültig muß es bleiben, inbezug auf welche tatsächlichen Voraussetzungen, die nötig waren, um das Delikt zustande zu bringen, der Täter geirrt hat." Demgegenüber führt Frank [19]) an, daß zum Versuch nicht der Irrtum über einen gegenwärtigen Zustand, sondern nur der über einen zukünftigen

---

15) Diese Unterscheidung ist wichtig für die Frage, ob bei Rücktritt vom Versuch Straffreiheit eintreten kann oder nicht.

16) *cf.* v. Liszt, L. S. 204.

17) S. 201. Ebenso Delaquis, untauglicher Versuch, S. 132. Kriegsmann, Z. f. Str.W. Bd. 30 S. 542. v. Lilienthal, Grundriß S. 33. RG. in ständiger Rechtsprechung, z. B. Bd. 42 S. 92.

18) *cf.* RGE. Bd. 1 S. 443.

19) *cf.* § 43, I.

genügt. Wachenfeld[20]) entgegnet zu der Stellungnahme v. Liszts folgendes: „Wenn die Wegnahme einer fremden Sache erfolgt ist, dann liegt ein vollendetes Verbrechen vor. Wenn sich nun aber nachträglich herausstellt, daß nicht eine fremde, sondern die eigene Sache weggenommen ist, während der Täter infolge des Irrtums glaubte, einen Diebstahl zu begehen, so ändert dies rein subjektive Moment nichts an der Beurteilung des Falles. Aus einer vollendeten Handlung kann nicht wieder eine versuchte werden." Diesen Standpunkt teilt auch wohl die überwiegende Menge der Schriftsteller; auch wir wollen uns ihm anschließen.

Als Grund der Bestrafung der versuchten Handlung haben wir die Gefährlichkeit für die Rechtsordnung erkannt. Wir wenden uns jetzt dem Falle zu, wo die Handlung ohne Erfolg blieb, weil die Mittel untauglich waren. Die objektive Theorie unterscheidet zwischen absolut untauglichem und relativ untauglichem[22]), oder speziell (konkret) und generell (begrifflich) untauglichem Versuch[23]). Für die Tauglichkeit oder Untauglichkeit des Versuchs wird von einigen Schriftstellern behauptet, daß sich diese danach richten müsse, ob der Täter sich in einem nomologischen oder onthologischen Irrtum befunden hat[24]), so daß also der Täter, der geglaubt hat, seine Pistole reiche auf Kanonenschußweite, straffrei ist, weil der Täter sich in diesem Falle in einem nomologischen Irrtum befunden hat, während der, der annimmt, seine Pistole werde in dem von ihm gewählten Abstande treffen, strafbar ist, weil er sich in einem onthologischen Irrtum, einem Irrtum über Tatsachen befunden hat.

Gegen diese Ansicht wendet sich Kriegsmann, indem er ausführt, daß die Unterscheidung bei geringen Irrtümern des Geltungsgrundes entbehrt: „Schieße ich auf einen Menschen, der, wie ich weiß, 101 Meter entfernt ist, so bin ich nach Fingers Lehre straflos, wenn meine Büchse nur 100 Meter trägt. Hier handelt es sich um einen nomologischen Irrtum. Umgekehrt bin ich strafbar, wenn

20) L. S. 167.

21) Z. B. Allfeld S. 215. v. Bar, II, S. 528; Beling, Lehrbuch von Verbrechen, S. 329; Binding, N. III, 495; v. Calker S. 47; Finger, I, S. 314; Klee S. 26; Lobe, § 43, Note 11; M. E. Mayer S. 346; Ötker, Z. f. d. ges. Str. W. Bd. 17 S. 56.

22) OLG. Hamburg in DJZ. Bd. 4 S. 58; Allfeld, S. 215; Binding I, S. 93; Finger, I, S. 304.

23) *cf.* M. E. Mayer S. 384.

24) Graf zu Dohna, Z. f. Str. W. Bd. 33 S. 723; Frank § 43.

ich die Tragfähigkeit meiner Büchse richtig kannte, aber irriger Weise annahm, die Entfernung bis zum Ziel betrage nur 99 Meter“ [25]).

Wachenfeld geht von dem allgemein für die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Gesichtspunkt der Gefährdung der Rechtsordnung aus, und wendet dies Prinzip auch auf den untauglichen Versuch an [26]). Eine Gefährdung liegt dann vor, wenn das Mittel und der verbrecherische Plan an sich überhaupt geeignet waren, den Erfolg herbeizuführen, und nur besonderer Umstände halber dessen Eintreten verhindert worden ist. Wer also durch Arsen töten will, aber eine derartig geringe Dosis des Giftes nimmt, daß ein normaler Mensch unter keinen Umständen daran sterben wird, der hat wohl eine Handlung versucht mit einem in concreto untauglichen Mittel. Dennoch ist das Mittel absolut tauglich zum Töten und der verbrecherische Plan gefährlich.

Der untaugliche Versuch kann sowohl beendeter wie nichtbeendeter Versuch sein.

Bisweilen wird der Versuch zwischen untauglichem Objekt und untauglichen Mitteln gemacht. In den meisten Fällen ist er überflüssig, wenn es auch nicht falsch ist, ihn zu machen. Wenn A ein festes Haus mit einem Streichholz in Flammen stecken will, dann kann man sowohl sagen, daß das Mittel nicht geeignet war; man kann aber mit demselben Recht sagen, daß wohl das Mittel geeignet war, das Objekt in unserem Falle aber untauglich war. In den Fällen allerdings, wo versucht wird, einen Erfolg mit metaphysischen Mitteln herbeizuführen, z. B. A will B durch Verhexen, dem Teufel-Versprechen oder Durchstechen seines Bildes töten, kann man allerdings die Untauglichkeit lediglich in dem Mittel lokalisieren.

Die subjektive Theorie [27]) geht davon aus, daß ein Mittel nur entweder tauglich oder nichttauglich zur Herbeiführung eines Erfolges sein kann. Das Wesen des Versuches sieht diese Theorie in der Objektivierung des ver-

25) Z. f. d. ges. Str. W. Bd. 33 S. 723.

26) *cf.* L. S. 179.

27) Neubegründet wurde sie von v. Buri. Ihm folgte das RG. in den Entscheidungen vom 4. V. 80 E. Bd. 1 S. 451; Tötungsversuch an einem totgeborenen Kinde; E 8 S. 198; 34 S. 217; 47 S. 65 (Abtreibungsversuch von seiten einer nicht schwangeren Frau); 8 S. 351; 17 S. 158 (untaugliches Mittel); 39 S. 315 (untaugliches Objekt) u. a. Vers. M. Bierling, Jur. Pr. L. III, S. 123; Hälschner S. 353; Lammasch S. 63.

brecherischen Willens. Dieser aber läßt sich genau so wie bei dem tauglichen Versuch bei dem untauglichen Versuch feststellen. Es ist darum nach der Ansicht dieser Theorie kein sinnvoller Unterschied in der Bestrafung beider Fälle gegeben.

Es reicht diese Betrachtungsweise schon bedenklich nahe heran an die Bestrafung des reinen Wollens, was sich mit dem alten Grundsatz des Strafrechts: „Nemo patitur cogitationis poenam." unvereinbar ist.

Das Reichsgericht hält im Gegensatz zur überwiegenden Meinung der Wissenschaft an dem einmal gefaßten Grundsatz der gleichmäßigen Bestrafung von tauglichem und untauglichem Versuch fest. Nur die eine Ausnahme hat es gemacht, daß nämlich Straflosigkeit des Versuches dann eintreten soll, „wenn Mittel, die in der realen Wirklichkeit nicht vorhanden sind", angewendet wurden [28]). Von seinem Standpunkt aus ist dies eine Inkonsequenz, denn wenn es erwiesen ist, daß ich im festen Glauben an den Erfolg das Bild eines Menschen durchstochen habe, um ihn zu töten, so offenbart sich mein verbrecherischer Wille in dieser Handlung genau so gut, wie wenn ich eine dünne Gerte nehme, um ihn damit zu erschlagen.

Wir geben von unserem Standpunkt aus der herrschenden objektiven Theorie in der Frage des untauglichen Versuchs recht und schließen uns ihr an.

Die Konstruktion des Versuches mußte in dieser Arbeit gebracht werden, weil nicht nur die Gesetzesbestimmungen über vollendete Handlungen, sondern auch die über versuchte Handlungen in Konkurrenz treten können, sei es nun daß die Bestimmung über die versuchte Handlung zu derjenigen über die vollendete Handlung in einem Verhältnis der sogen. Gesetzeskonkurrenz, sei es daß die Versuchsbestimmung in sogen. Idealkonkurrenz zu einem anderen vollendeten Delikt steht, wie z. B. bei den zusammengesetzten Verbrechenstatbeständen u. a. § 243 pos. II, der außer dem Bruch des Gewahrsams mit Aneignung, auch noch einen Hausfriedensbruch resp. Sachbeschädigung mitenthält. Wenn nun der Hausfriedensbruch schon begangen ist, die Aneignung aber noch nicht vollzogen ist, ist dann Diebstahlsversuch nach § 242 oder nach § 243 gegeben und zwar in Idealkonkurrenz mit § 1237? Die Beantwortung dieser Frage ist in Rücksicht auf den Vorsatz des Täters und zwar inbezug auf die Vollendung zu geben. Hat er einen Diebstahl nach § 243,

28) R.G. 33 S. 321.

einen schweren Diebstahl, begehen wollen, so liegt Hausfriedensbruch in Gesetzeskonkurrenz mit schwerem Diebstahl vor, d. h. der Hausfriedensbruch wird konsumiert. Der Versuch ist also immer in Hinblick auf die Gesetzesbestimmung, die verletzt werden sollte, zu bestimmen.

C. Die Schuld. Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Haben wir bisher die eine, die objektive Seite des Verbrechens behandelt, so soll im folgenden von seiner anderen Seite gehandelt werden, von der Seite, die im Gegensatz zum objektiven Tatbestand ihre Wurzeln im Innern des Täters hat.

Es würde zu weit führen und ist im Interesse unseres Themas nicht erforderlich, daß an dieser Stelle auf den Meinungsstreit zwischen Willens- und Vorstellungstheorie eingegangen wird. Es wird hier also nur in ganz kurzen Zügen dargestellt werden, was wir unter Vorsatz verstehen. Es ist dies um so unnötiger, als sich in der jüngeren Zeit die Meinungen etwas zusammengefunden haben und der praktische Unterschied zwischen den beiden Doktrinen sich so ziemlich ausgeglichen hat. Man vergleiche hierzu z. B. die Abhandlung von Henle über Vorstellungs- und Willenstheorie.

Zum Vorsatz gehört sowohl Denken als Wollen. Man kann nichts wollen, ohne es sich nicht auch vorzustellen [1]). Der Vorsatz ist nicht ein typisch strafrechtliches Gebilde, sondern er ist auch im natürlichen Leben anzutreffen. Vorsätzlich handelt jeder, der mit Bewußtsein einen bestimmten Erfolg durch sein Tun herbeiführt.

Zum strafrechtlichen Vorsatzbegriffe gehört, daß sich der Vorsatz auf einen strafrechtlich-relevanten Erfolg richtet. Der vorsätzlich Handelnde muß wissen, daß seine Tätigkeit rechtlich geschützte Interessen oder Objekte des Einzelnen oder der Allgemeinheit verletzt oder gefährdet.

Wir unterscheiden in der heutigen strafrechtlichen Doktrin eigentlich nur zwei verschiedene Vorsatzbegriffe, im Gegensatz zu früheren Zeiten, wo man eine ganze Reihe davon kannte. Diese beiden Fälle sind die, daß a) der Täter sich den Erfolg vorstellt und auch will, b) daß der Täter sich den Erfolg wohl als möglich vorstellt, ihn jedoch nicht eigentlich will in dem Sinne von erstrebt, sich dennoch aber nicht durch die Möglichkeit seines Eintritts von der Tat abhalten

1) *cf.* Wachenfeld, L. S. 147.

läßt. Der vorsätzlich Handelnde A, der den B durch Gift tötet, muß folgende Vorstellungen haben: Er muß wissen, daß der gewählte Giftstoff, dem Körper beigebracht, lebenzerstörende Funktionen hat. Ferner muß er wissen, daß seine Tat eine strafbare ist. Wenn er sich dennoch nicht durch diese Vorstellungen von seinem Tun abhalten läßt, sondern trotzdem den Erfolg nach wie vor will, dann handelt er vorsätzlich.

Der zweite Fall ist der des dolus eventualis. Der Handelnde hat sich die Möglichkeit des Eintritts des Erfolges vorgestellt. Hier ist dolus eventualis dann anzunehmen, wenn sich der Handelnde auch durch die Vorstellung des Erfolges als eines möglichen oder gewissen nicht hätte von der Tat abhalten lassen. Z. B. A steckt sein Haus in Brand, um die Versicherungssumme zu bekommen, obwohl er weiß, daß sich in demselben eine gelähmte Person befindet, die sehr leicht, ja aller Wahrscheinlichkeit nach in den Flammen umkommen wird. Wenn er nun trotzdem das Haus in Brand steckt, und die Person kommt in den Flammen um, so hat er ihren Tod dolos verursacht. Frank hat den dolus eventualis treffend in klassischer Form definiert: Drückt sich die Voraussicht des Handelnden in dem Urteil aus (nämlich Voraussicht des Erfolges als eines möglichen), so ist Vorsatz nur dann anzunehmen, wenn ihn die Voraussicht des Erfolges als einer gewissen oder notwendigen vom Handeln nicht würde abgehalten haben[2][3]).

Die zweite Schuldform ist die der Fahrlässigkeit. Der Täter hat sich in diesem Fall nicht den eingetretenen Erfolg vorgestellt und, da man auch nicht etwas Gegenstandsloses wollen kann, auch nicht gewollt. Sein Verhalten wird ihm dennoch zur Schuld angerechnet, weil er durch seine Stellung innerhalb einer Gemeinschaft zu einer sorgfältigen Prüfung seiner Taten verpflichtet war, die er in dem betreffenden Falle versäumt hat. Diese Versäumung ist also in jedem Falle von dem Richter festzustellen.

Bei einigen Delikten können wir noch leichte und schwere Formen der Fahrlässigkeit unterscheiden. So z. B. bei den Tötungs-, Verletzungsdelikten, je nachdem es sich um eine Versäumung der gewöhnlichen oder einer besonders übernommenen oder erworbenen Aufsichts- oder Obhutspflicht handelt.

---

2) *cf*) Frank, Z. f. d. ges. Str.W. Bd. 10 S. 217.

3) Derselben Meinung sind Wachenfeld, L. S. 148; Bekker, Theorie S. 1859; Lucas, Subjektive Verschuldung S. 8; Hälschner I, S. 192.

II. Teil.

Die Idealkonkurrenz im positiven Recht.

§ 1.

Die Theorie der Verbrechenskonkurrenz.

In folgendem Falle liegt anerkanntermaßen Idealkonkurrenz vor, wenn X durch denselben Schuß A und B tötet resp. verwundet. Es liegt nur eine einzige Handlung vor, die aber zwei Erfolge hat, von denen jeder wiederum Tatbestandsmerkmal eines besonderen selbständigen Rechtssatzes ist. Man ist sich aber auch darüber einig, daß auch der Fall, wo nur ein einziger realer Erfolg gegeben ist, der aber den Umständen nach auch Tatbestandsmerkmal mehrerer Gesetzesbestimmungen ist, ein Fall der Idealkonkurrenz ist.

Man ist sich nun nicht darüber einig, ob in diesen Fällen die Idealkonkurrenz Konkurrenz von Verbrechen oder Konkurrenz von Gesetzesbestimmungen ist.

Die herrschende Meinung ist wohl immer noch diejenige, die für den Fall der Idealkonkurrenz Konkurrenz von Verbrechen annimmt. Sie soll darum zuerst betrachtet werden.

Schon in der Einleitung zu dieser Arbeit ist darauf hingewiesen, daß unter den Vertretern dieser Theorie ein Zwiespalt der Meinung klafft, dahingehend, daß die einen das Verbrechen als Normwidrigkeit vor allem erkennen, während die anderen wohl sagen, daß das Verbrechen in erster Linie Handlung ist, so daß Handlung und Verbrechen zu ihrem Dasein einander stets gegenseitig bedingen. Diese Schriftsteller kommen dann in die Zwangslage, auch im Falle der Idealkonkurrenz eine Mehrheit von Handlungen zu konstruieren.

Wir wollen unter diesem Paragraphen zuerst die Meinung derjenigen genauer darstellen, die das Verbrechen als Normwidrigkeit in der Hauptsache auffassen.

Zu diesen gehörte schon Merkel. Er weist die Ansicht Hälschners, daß Verbrechensmehrheit auch eine

Handlungsmehrheit voraussetzte, energisch zurück, indem er sagt: „Handlung ist nicht identisch mit Verbrechen“ [1]). Seinen Standpunkt, daß die Idealkonkurrenz Verbrechenskonkurrenz sei, führt er folgendermaßen aus: „Wahr ist es, daß zu jedem Verbrechen eine Handlung gehört. Daraus folgt aber nicht, daß diese Handlung auch zugleich in anderen Beziehungen bedeutsam und daß sie mehrere Rechtsverletzungen sein kann. Zu jedem Verbrechen gehört auch ein Handelnder. Daraus folgt aber nicht, daß eine Mehrheit von Verbrechen auch eine Mehrheit von Handelnden voraussetze. Er ist der Meinung, daß eine Einteilung der Verbrechenskonkurrenz in Ideal- und Realkonkurrenz keine innere Berechtigung hat. Den Grund für die unterschiedliche Behandlung im StGB. sieht er in einer Vermischung der Fälle der Idealkonkurrenz mit denen der Gesetzeskonkurrenz, da die Natur der beiden Konkurrenzarten keinen Grund zu einer verschiedenen Behandlung gewähren.

Auch v. Buri steht im wesentlichen auf diesem Standpunkt, wenn seine Terminologie auch in mancher Hinsicht anders ist [2]). Er stellt als Kriterium der Einheit oder Mehrheit der Verbrechen die Vergegenständlichung eines oder mehrerer Deliktsbegriffe. Diese Vergegenständlichung kann durch eine oder mehrere Handlungen erfolgen, wobei Handlung als die durch menschliche Tätigkeit vermittelte Willensentäußerung bezeichnet werden muß, aus welcher sich der vergegenständlichte Deliktsbegriff als Wirkung ergibt [3]). Ausschlaggebend ist für die Unterscheidung, ob Einheit oder Mehrheit der Handlungen vorliegt, die Einheit oder Mehrheit der Kausalitäten, die den realen Erfolg bewirken. So ist z. B. in dem Fall des Zusammentreffens von Ehebruch und Blutschande nur eine Kausalität, nur ein Erfolg, also auch nur eine Handlung gegeben. Deshalb kann in diesem Falle Gesetzeskonkurrenz angenommen werden [4]). Wenn dagegen durch einen Bombenwurf viele Menschen getötet werden, so sind soviele Kausalitäten wie Erfolge gegeben. Es liegt also in diesem Falle Deliktsmehrheit vor. Der Deliktsmehrheit des § 74 setzt er die Deliktsmehrheiten des § 73 gegenüber, weil sie sich ja durch

1) In HH. II S. 581.

2) *cf.* vor allem v. Buri, Zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch, S. 234 f. Derf.: Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Beilageheft zum XXXI Bde. des GS. 1879 S. 1, 2, 19 ff.

3) *cf.* Zur Konkurrenzfrage S. 511.

4) *cf.* Zur Konkurrenzfrage S. 521.

eine Handlung ergeben. Er nennt sie aus diesem Grunde unselbständige Deliktsmehrheiten. Gegen v. Buri wenden sich vor allem Schütze und Hiller. v. Buri übersieht es, daß Individualisierungsmerkmal des Verbrechens wohl die Handlung ist, daß eine solche Eigenschaft der Kausalität aber niemals innewohnen kann. Seine Stellungnahme zu dem Falle der Idealkonkurrenz, bei dem nur ein Erfolg gegeben ist, der in verschiedener Hinsicht eine rechtliche Beachtung findet, ist inkonsequent, wenn man den oben zitierten Satz: „Verbrechen ist die Vergegenständlichung eines Deliktsbegriffes" mit diesem Ergebnis vergleicht. Daß mehrere Deliktsbegriffe durch eine Handlung vergegenständlicht werden können, ist selbstverständlich und auch von den Vertretern derjenigen Meinung, welche die Idealkonkurrenz als Verbrechenseinheit ansehen, nicht bestritten. Es ist aber falsch, dann den Fall, daß Ehebruch und Blutschande in einer Handlung zusammenfallen, von dieser allgemeinen Regel auszunehmen. Es ist doch wohl in demselben Maße sowohl § 172 wie § 173 durch diese Handlung vergegenständlicht worden wie oben in dem Beispiel, daß durch einen Bombenwurf eine Reihe von Menschen getötet werden.

Meyer[5]) definiert das Verbrechen als diejenige Handlung, „welche den Bedingungen des Gemeinwesens und seiner Fortentwicklung widersprechen. Aber er kommt trotzdem zu dem Resultat, daß im Falle der Idealkonkurrenz Verbrechensmehrheit vorliegt[6]), die von der Realkonkurrenz durch die Einheit der Handlung unterschieden ist. Gleichartige und ungleichartige Idealkonkurrenz sind einander gleich. Die Bestimmungen über ungleichartige Idealkonkurrenz sind analog anzuwenden auf die Fälle der gleichartigen Idealkonkurrenz.

Seine Ausführungen ergänzt Allfeld, der auch sein Lehrbuch fortführte. Er spricht den Satz, der schon Meyer vorschwebte, ohne daß er ihn aussprach, aus, indem er sagt: Verbrechensmehrheit ist auch dann vorhanden, wenn durch eine und dieselbe Handlung mehrere strafgesetzliche Tatbestände verwirklicht sind. Das ist der Fall der Idealkonkurrenz. Allfeld bleibt also, wie wir sehen, nicht konsequent. Er behält einerseits die Definition des Verbrechens als Handlung bei, sagt aber andererseits, daß man es auch als Tatbestandsmerkmal bezeichnen kann. Daß ein solches Durcheinandergebrauchen aber nicht möglich ist, weil beide

5) *cf.* Lehrbuch, 1. Auflage, S. 13.
6) Allfeld, Lehrbuch S. 237.

Definitionen durchaus von einander verschieden sind und ganz unterschiedliche Dinge betreffen, haben wir schon in dem Teil unserer Arbeit nachgewiesen, der der Konstruktion des Verbrechens diente. Wir verweisen also darauf.

Finger[7]) erkennt sehr wohl, daß bei den Fällen der Idealkonkurrenz nur eine Handlung gegeben ist. Daß trotzdem eine Mehrheit von Verbrechen begangen sind, resultiert daraus, daß diese Handlung nicht unter einen einzigen Tatbestand zu subsumieren ist, sondern auch die Merkmale mehrerer Verbrechen trägt.

Kohler weicht in seinen Ausführungen zu unserem Thema nicht von den bisher wiedergegebenen Meinungen ab. Auch er nimmt in dem Falle der Idealkonkurrenz Verbrechensmehrheit an, macht aber einen Unterschied zwischen den Fällen absoluter Tateinheit, die in dem bekannten Beispiel des Zusammentreffens von Ehebruch, Blutschande und Notzucht vorliegt, und den Fällen relativer Tateinheit, weil die Mehrheit von Strafwürdigkeiten vermittelt ist durch eine Mehrheit tatsächlicher Ergebnisse[8]).

Auch Habermaas[9]) steht schon ganz auf dem geschilderten Standpunkt, daß sehr wohl im Falle der Idealkonkurrenz aus einer einzigen Handlung eine Mehrheit von Verbrechen resultieren können. Er verwendet für die Definition des Verbrechens den Bindingschen Rechtsgutbegriff, indem er nur dann ein Zusammentreffen von Delikten annimmt, wenn mehr als ein Rechtsgut verletzt oder zu verletzen versucht ist. Die begriffliche Scheidung der Verbrechenskonkurrenzen in Real- und Idealkonkurrenz erkennt er an, lehnt jedoch die Folgerung einer unterschiedlichen Bestrafung für beide ab, sondern vertritt vielmehr die Meinung Geibs, daß nämlich das Prinzip der intensiven Kumulation zur Anwendung zu bringen sei[10]).

Berner definiert das Verbrechen als diejenige Species unsittlicher Handlungen, durch welche der Einzelne den allgemeinen Willen verletzt, indem er entweder ein öffentliches oder privates Recht oder auch Religion und Sitte, sofern der Staat der beiden letzteren zu seiner Erhaltung bedarf, angreift[11]). Er setzt das Verbrechen in Gegensatz zur Unmoral, das nicht der Handlung bedarf. Handlung definiert Berner als die lebendige Vermittlung des Wil-

7) Finger, Lehrbuch I S. 376.
8) Kohler, a.a.O. S. 84.
9) a.a.O. S. 78, 79, 80.
10) a.a.O. S. 16.
11) Lehrbuch des deutschen Str. R. S. 113.

Jens zur Tat und setzt sie in Gegensatz zu dem Begriffe Tat, welcher „nur das abgelagerte, objektive Ergebnis dieser Bewegung bezeichnet[12]). In klarer Erkenntnis des Wesens der Handlung stellt er den Satz auf: „Zu einer Mehrheit der Handlungen gehört nicht bloß Mehrheit der Absichten und Mehrheit der Erfolge, sondern auch Mehrheit dessen, was zwischen Absicht und Erfolg liegt“[13]). Umso mehr muß seine Stellungnahme in der Frage der Idealkonkurrenz Verwunderung erregen. Auch er ist nämlich der Ansicht, daß die Idealkonkurrenz ein Fall der Verbrechenskonkurrenz ist[14]).

Köhler erörtert am Anfange seiner Abhandlung sehr eingehend die verschiedenen Bedeutungen, die das Wort und der Begriff Handlung haben kann[15]). Er verwendet sie schließlich aber doch nicht zum Aufbau seiner Verbrechenslehre, sondern kommt zu dem Schluß, daß das Verbrechen schuldhafte Erfüllung des Tatbestandes ist[16]). Für sein Ergebnis im Falle der Idealkonkurrenz ist folgender Satz bezeichnend, der der Abhandlung „Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz“ entnommen worden ist: „Da zwei gesetzliche Tatbestände nicht dadurch aufhören, zwei Tatbestände zu sein, daß sie ein Merkmal gemeinsam haben, und da das Verbrechen ebenfalls aus einem gesetzlichen Tatbestand besteht, so können auch mehrere Verbrechen vorhanden sein, obwohl die Handlung oder ein Bestandteil derselben beiden gemeinsam ist“[17]). Deshalb liegt Idealkonkurrenz dann vor, „wenn eine und dieselbe Handlung mehrere rechtliche Tatbestände oder einen Tatbestand mehrmals verwirklicht und die dabei betätigte Schuld des Handelnden durch einmalige Subsumption unter einen der Tatbestände noch nicht vollständig bewertet ist[18]). Im Falle der Idealkonkurrenz identifiziert er Handlung mit Tätigkeit. Individualisierungsmerkmal des Verbrechens ist ihm der Erfolg im Rechtssinne[19]). Erfolg im Rechtssinn ist die Tatsache, daß mit einer der Wirkungen einer bestimmten Tätigkeit ein gesetzlicher Tatbestand erfüllt worden ist. Durch die Aufstellung dieses Erfolgsbegriffes gelingt es

12) a. a. O. S. 158.
13) Grundsätze des pr. Strafrechts, §§ 131/132.
14) Lehrbuch, S. 291.
15) Grenzlinien, S. 1—29.
16) Lehrbuch, S. 558.
17) Grenzlinien, S. 35.
18) Lehrbuch, S. 558.
19) Grenzlinien, S. 32.

ihm, auch die Fälle der Idealkonkurrenz zu begreifen, die nur einen natürlichen Erfolg haben, der in mehrfacher Hinsicht rechtlicher Beurteilung unterliegt. Daß der Erfolg als Individualisierungsmerkmal des Verbrechens nicht geeignet ist, haben wir schon im Anfange dieser Arbeit nachgewiesen. Auch Köhler ist genötigt, in seinem System eine Ausnahme von dieser Regel zu machen. Ihm ist der Fall der gleichartigen Idealkonkurrenz, wie ja auch aus der oben angeführten Definition der Idealkonkurrenz hervorgeht, dem Falle der ungleichartigen Idealkonkurrenz durchaus gleich. Er nimmt jedoch nur dann Erfolgs- und Verbrechensmehrheit an, wenn die natürlichen Erfolge nicht durch einen einheitlichen Vorsatz oder eine einheitliche Fahrlässigkeit des Täters zu einer Deliktseinheit, zu einem rechtlichen Erfolge, zusammengefaßt werden könnte. Dies sind z. B. die Fälle, in denen durch einen Diebstahl die Sachen verschiedener Personen entwendet worden sind. Köhler stellt also ein Kriterium auf, das nicht einmal für alle Fälle, auf die es unmittelbar passen soll, richtig ist[20]). Daß wir seine Meinung schon allein deshalb verwerfen müssen, ist selbstverständlich.

Ihm schließt sich in mancher Hinsicht Vanselow an, der aber insofern seine eigenen Wege geht, als er eine ideelle Handlungs- und Verbrechensmehrheit bei der Idealkonkurrenz konstruiert[21]). Er definiert das Verbrechen ganz in dem von uns auch im Anfange dieser Darstellung vertretenen Sinne: als Handlung + Schuld[21a]), wobei Handlung sich aus den Momenten Tätigkeit, Zwischenwirkungen und Erfolg zusammensetzt. Von diesem allgemein geltenden Satz macht er jedoch für die Fälle der Idealkonkurrenz eine Ausnahme. Dort soll, wie bei Köhler und Merkel[22]) Handlung gleich Tätigkeit bzw. Unterlassen zu setzen sein. In den Fällen der Idealkonkurrenz liegt nun faktische oder ideelle Handlungs- gleich Tätigkeitseinheit vor. Hinzukommen muß ideelle Schuldmehrheit. So ergibt sich ihm denn, daß sich bei den Fällen der Idealkonkurrenz Tätigkeitseinheit, Erfolgsmehrheit und Schuldmehrheit zur Verbrechensmehrheit zusammenfinden. Sein Fehler liegt vor allen Dingen darin, daß er den von Köhler aufgestellten Erfolgsbegriff: „Als Erfolg im Rechtssinne kann man die Tat

20) *cf.* Grenzlinien, S. 51.

21) *cf.* Grenzlinien zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz.

21*a*) a. a. O. S. 38.

22) Merkel, Konkurrenz in Vgl. Darst. d. deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 5 S. 293.

sache bezeichnen, daß mit einer der Wirkungen einer bestimmten Tätigkeit ein gesetzlicher Tatbestand erfüllt worden ist" verwendet. Diese Definition paßt in seine bis dahin gewählte Betrachtungsweise überhaupt nicht hinein. Vanselow müßte streng logisch gemäß seinem Handlungsbegriff den Erfolg als die tatsächliche Veränderung der Außenwelt als natürliche Folge einer menschlichen Tätigkeit in seiner rechtlichen Bedeutung definieren.

Freudenthal[23]) erkennt ausdrücklich die Richtigkeit des v. Liszt'schen Ausspruches, das das Verbrechen Handlung ist, an. Er weicht jedoch darin von v. Liszt ab, indem er sagt, daß Handlungseinheit und Verbrechenseinheit einander nicht notwendig entsprechen müßten. Es konkurrieren seiner Ansicht nach auch Gesetze um Anwendung aber daraus, daß sie wirklich konkurrieren, ergibt sich ihm schon notwendig, daß hier echte Verbrechensmehrheit vorliegt.

Auch v. Calker[24]) ist der Ansicht, daß das Verbrechen in erster Linie Handlung ist, und faßt den Begriff der Handlung in dem Sinne von Willensbetätigung + Erfolg. Aber auch er kommt schließlich zu dem Resultat, daß in den Fällen der Idealkonkurrenz Verbrechenskonkurrenz gegeben ist.

Derselben Ansicht sind ferner auch noch Olshausen, der sagt: „Merkmal der Verbrechensmehrheit ist die Verletzung mehrerer Gesetze. Nach Auffassung des Gesetzgebers deckt sich die Verletzung eines bzw. mehrerer Strafgesetze mit den Begriffen Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit." Eine Bestätigung seiner Ansicht findet Olshausen in der Ueberschrift des 5. Abschnittes des Strafgesetzbuches, die „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen" lautet. Schon Wachenfeld wandte sich gegen diese Argumentierung mit vollem Recht[25]), indem er dagegen ausführte: „An sich ist es nun schon bedenklich, um der Ueberschrift willen einen an sich klaren Ausspruch des Gesetzes anders zu deuten. Bei einem Widerspruch zwischen Ueberschrift und Gesetz verdient erstere nicht den Vorzug, denn sie ist nur der äußere Rahmen für die Gesetze, welche allein den Richter binden."

Zu beachten ist schließlich noch in dieser Gruppe der Meinungen die Ansicht von Coenders[26]). Coenders

23) Notwendige Teilnahme am Verbrechen, S. 56—58.
24) a. a. O. S. 69.
25) Verbrechenskonkurrenz, S. 71.
26) Coenders, Ueber die Idealkonkurrenz.

geht von dem natürlichen Handlungsbegriff aus und kommt dann folgendermaßen zu dem Begriff der strafbaren Handlung[27]): „Der Gehalt und ihre von den verschiedenen Richtpunkten aus beurteilte Bedeutung, nicht so sehr die mehr zufällige äußere Gliederung der Betätigung, pflegen den Handlungsbegriff zu bestimmen und zu umgrenzen." „Eine strafbare Handlung ist also gegeben, so oft eine auf menschlichen Willensentschluß beruhende Verletzung eines Strafgesetzes vorliegt"[28]). Zu diesem Ergebnis muß Coenders gelangen, weil er alles auf den strafrechtlichen Erfolg der menschlichen Tätigkeit abstellt, dieser aber überhaupt nicht mehr gedenkt. „Denn es erfordern Vernunft und Logik, sobald eine Betätigung gegen mehrere Gesetze verstößt, sie nach dem Inhalt dieser Gesetze zu würdigen"[29]). Einer solchen Forderung soll auch allgemein entsprochen werden. Es soll die Tat, wie ja auch von der Strafprozeßordnung vorgeschrieben wird, nach allen ihren Gesichtspunkten Beachtung finden. Aber es ist falsch, hieraus zu folgern, daß, weil eine Mehrheit von Gesetzen verletzt worden ist, auch eine Mehrheit von Verbrechen vorliegen muß. Die Tat wird als etwas Ganzes von uns betrachtet, während dies von Coenders nicht beachtet wird. Er nimmt ein Element heraus, den Erfolg der Verletzung mehrerer Strafgesetze und entscheidet danach die in Rede stehende Frage. Er stempelt damit aber das Verbrechen zur Normwidrigkeit, einer Definition, die u. E. nicht zutreffend ist.

Die unter dieser Gruppe vertretene Meinung wird noch geteilt von Thomsen: „Verbrechen ist die Erfüllung des Tatbestandes, an welchen der Gesetzgeber die Strafe geknüpft hat"[30]). Idealkonkurrenz ist also wirkliche eintätige Verbrechenskonkurrenz[31]). Auch Wach[32]) und Reichardt[33]) fassen die Idealkonkurrenz als Fall echter Verbrechenskonkurrenz auf, ohne eine andere Begründung dieser Ansicht zu geben. Reichardt läßt dies jedoch nur für den Fall der ungleichartigen Idealkonkurrenz gelten.

Gegen alle unter dieser Gruppe aufgeführten Schriftsteller ist einzuwenden, daß sie es entweder übersehen, daß es notwendige Individualisierungsmomente des Ver-

27) a. a. O. S. 28.
28) a. a. O. S. 35.
29) a. a. O. S. 29.
30) a. a. O. S. 62.
31) a. a. O. S. 108.
32) a. a. O. S. 100.
33) a. a. O. S. 208.

brechens gibt oder daß sie ein falsches wählen. Das Gemeinsame an ihrer Stellungnahme ist, daß sie sämtlich, wenigstens prinzipiell, zugeben, daß das Verbrechen Handlung ist, daß die Handlung also Element des Verbrechens ist. Dennoch kommen sie zu dem Resultat, daß aus einer Handlung mehrere Verbrechen sich ergeben sollen. Dies ist ein Ergebnis, das sowohl den Gesetzen der Logik wie der Vorstellungsmöglichkeit widerspricht, daß aus einem Teil eines Ganzen sich zwei oder mehrere Ganze ergeben sollen. Aber auch diejenigen, die den Erfolg aus dem Begriff der Handlung herausnehmen und ihn zu einem selbständigen Individualisierungsmerkmal machen, kommen zu keinen zu billigenden Ergebnissen. Selbst zugegeben, daß sie Recht hätten, so kann ein Erfolg doch stets nur inbezug auf die ihn verursachende Tätigkeit gedacht werden. Bei der Idealkonkurrenz ist nur eine einzige Tätigkeit vorhanden, auf die alle Erfolge zurückbezogen werden müssen. Was aber auf denselben Ursprung zurückgeführt werden kann, bildet in höherem Sinne eine Einheit. Sie aber wollten gerade zu einer Vielheit gelangen. Darum sind auch die Ergebnisse dieser Lehre abzulehnen. Es muß also gegenüber diesen Schriftstellern der Vorwurf Baumgartens als berechtigt erscheinen, daß sie nach dem Hexeneinmaleins rechneten[34]).

Streng folgerichtig von ihren Voraussetzungen aus gehen dagegen die Schriftsteller vor, die in dem Verbrechen Verwirklichung eines strafgesetzlichen Tatbestandes sehen und deswegen in dem Falle der Idealkonkurrenz zur Annahme einer Verbrechensmehrheit gelangen.

Zu diesen gehört Frank[35]). Er definiert das Verbrechen im materiellen Sinne als die mit Strafe bedrohte Verletzung unmittelbarer staatlicher oder vom Staat geschützter Interessen[36]). Bei der Idealkonkurrenz werden nun durch die eine Handlung mehrere Interessen verletzt. Deshalb liegt bei der Idealkonkurrenz echte Verbrechenskonkurrenz vor.

Graf zu Dohna[37]) faßt das Verbrechen als Tatbestandsverwirklichung unter Zugrundelegung der Begriffe Normwidrigkeit und Zurechenbarkeit auf. Idealkonkurrenz liegt seiner Ansicht nach dann vor, wenn durch dieselbe Summe von Handlungselementen mehrere deliktische

34) *cf.* Baumgarten.
35) Kommentar zum StGB., S. 8
36) a. a. O. § 73—
37) Z. f. d. ges. Str. W. XXVII, S. 328.

Tatbestände gleichzeitig zur Entstehung gelangen[38]). Diese Fassung trifft sowohl den Fall der Idealkonkurrenz, in dem nur ein einziger realer Erfolg vorhanden ist wie auch den, daß eine Mehrheit solcher Erfolge aus derselben Handlung entspringen.

Ihnen hat sich in seiner Stellungnahme E. v. Liszt[39]) angeschlossen. Er sagt, daß Verbrechensmehrheit und Handlungseinheit insofern zusammentreffen, als durch die eine Handlung mehrere Tatbestände hergestellt werden.

Auch Stürenberg vertritt dieselbe Ansicht wie Frank und Graf zu Dohna. Er sagt: „Das Verbrechen ist wohl Handlung, aber in erster Linie Normwidrigkeit"[40]). Deshalb können mehrere Verbrechen in einer Handlung zusammentreffen. Idealkonkurrenz ist also echte Verbrechenskonkurrenz[41]).

Gegen diese Schriftsteller ist auf keinen Fall der Vorwurf der Unlogik und Inkonsequenz zu machen. Von ihrer Voraussetzung ausgehend, haben sie durchaus mit der Konstruktion der Idealkonkurrenz Recht. Wenn wir dennoch ihnen nicht Recht geben können, so müssen wir ihre Voraussetzung widerlegen, d. h. wir müssen nachweisen, daß sie nicht den zutreffenden Handlungsbegriff verwenden. Zuerst ist festzustellen, daß der von uns aufgestellte Verbrechensbegriff mit dem von ihnen aufgestellten überhaupt nicht kollidiert. Schon im ersten Teil dieser Arbeit haben wir im einzelnen dies dargelegt. Wir können uns also mit dieser Feststellung begnügen. Die Definition des Verbrechens als Normwidrigkeit trifft das Verbrechen als Gebilde des Denkens, während unsere Definition des Verbrechens das Verbrechen als natürliches Geschehnis erfaßt. Das Gesetz will nun die natürlichen Geschehnisse des Lebens ordnen. Ueber Geschehnisse hat der Richter abzuurteilen. Darum trifft unsere Definition des Verbrechens die richtige Seite des Begriffes, mit dem operiert werden muß. Aus diesem Grunde ist jene Definition des Verbrechens für unsere Zwecke zu verwerfen. Mit dieser Erschütterung der Voraussetzung fällt aber auch die daraus gezogene Folgerung der Verbrechensmehrheit für die Fälle der Idealkonkurrenz.

Fast alle bisher angeführten Schriftsteller sind sich darin einig gewesen, daß die Fälle der gleichartigen Idealkonkurrenz denen der ungleichartigen Idealkonkurrenz gleichzu-

38) a. a. O. S. 341.
39) a. a. O. S. 227.
40) a. a. O. S. 5/6.
41) a. a. O. S. 7.

stellen und § 73 StGB. für sie analog zur Anwendung zu kommen hat. Desgleichen haben fast alle de lege ferenda keine Einwendungen gegen das Prinzip der unterschiedlichen Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz, durch den Gesetzgeber erhoben. Sie erkennen an, daß der, der durch eine einzige Handlung ihrer Ansicht nach eine Mehrheit von Delikten begangen hat, milder gestraft werden muß als der, der durch eine Mehrheit von Handlungen eine Mehrheit von Delikten begeht. Sie erkennen ja auch einen begrifflichen Unterschied zwischen den beiden Verbrechenskonkurrenzen an, der sich ihnen aus der Einheit resp. Mehrheit der Handlungen ergibt. Sie sind auch im allgemeinen mit dem Absorptionsprinzip des StGB. einverstanden, obwohl ihr Ergebnis, daß nämlich Verbrechensmehrheit gegeben ist, sie eigentlich zu der Forderung der Kumulation der Strafen führen müßte, da jedes Verbrechen seine Strafe verlangt.

Der Konstruktion und Behandlung der Idealkonkurrenz seitens dieser Lehrmeinung würde die Regelung entsprechen, die der Gegenentwurf Oesterreichs von 1919 für die Idealkonkurrenz vorschlägt: Dessen Bestimmung lautet: „Hat jemand durch dieselbe oder verschiedene Taten mehrere strafbare Handlungen begangen, so ist über ihn eine Gesamtstrafe von einer der auf die einzelnen strafbaren Handlungen gesetzten Strafarten zu erkennen."

In entschiedenem Gegensatz zu diesen Schriftstellern stehen diejenigen Vertreter der Ansicht, daß im Falle der Idealkonkurrenz Verbrechensmehrheit gegeben ist, die den Satz vertreten, daß zu jedem Verbrechen begriffsnotwendiger Weise eine Handlung gehört. Sie müssen also, um Verbrechensmehrheit annehmen zu können, auch eine Handlungsmehrheit bei den Fällen der Idealkonkurrenz konstruieren. Dabei geraten sie in einen Gegensatz zu dem klaren und eindeutigen Gesetzestext, der Begehung durch eine und dieselbe Handlung als Kennzeichen der Idealkonkurrenz verlangt. Die Hauptvertreter dieser Ansicht sind Binding, Hälschner und John; zu ihnen ist auch wohl noch v. Bar zu rechnen.

Sie alle kommen bei ihrer Einstellung folgerichtig dazu, den Unterschied zwischen idealer und realer Konkurrenz zu leugnen.

Hälschner[42]) geht, wie schon erwähnt davon aus, daß das Verbrechen im wesentlichen Handlung ist. Deshalb ist auch das Kriterium, das über die Einheit und Mehr-

42) System des pr. Strafrechts S. 489; vgl. auch das gemeine deutsche Strafrecht I, S. 670 f.

heit der Verbrechen entscheidet, lediglich die Einheit oder Mehrheit der Handlungen, und diese ist wiederum allein abhängig von der Einheit oder Mehrheit der Willensbestimmungen, auf deren Verwirklichung der Täter seine Tätigkeit ursächlich bezogen hat, gleichviel ob diese Willensbestimmungen sich als Absicht oder Fahrlässigkeit darstellt. „Vermöge dieser Mehrheit von Willensbestimmungen und damit der Handlungen findet also eine Konkurrenz von Verbrechen immer statt, wenn sich aus der Tätigkeit des Handelnden neben dem beabsichtigten zugleich ein fahrlässiges Verbrechen ergab." Ebenso liegt eine Mehrheit konkurrierender Verbrechen vor, wenn die Tätigkeit des Schuldigen auf die Verwirklichung einer Mehrheit von verbrecherischen Akten bezogen war, gleichviel, ob diese verschiedenen Absichten sowie die auf sie bezogenen Willensakte, zeitlich mehr oder weniger auseinanderlagen (die sogenannte Realkonkurrenz) oder ob die mehreren Absichten gleichzeitig neben einander bestanden und auch die sie verwirklichende Tätigkeit eine kontinuierlich verlaufende oder sogar völlig gleichzeitige war. (Die sogenannte ideale Konkurrenz.)"

An einer anderen Stelle heißt es[43]: „Ueber die Mehrheit der Handlungen kann, wie gesagt, nur die der Absichten, nicht die der Gesetzesübertretungen entscheiden", oder[44]: „Wird durch eine völlig gleichzeitige Tätigkeit nur ein Strafgesetz übertreten, so kann gleichwohl eine Mehrheit konkurrierender Verbrechen vorliegen, falls der Handelnde seine Tätigkeit zugleich auf die Verwirklichung mehrerer Absichten bezog."

Aus diesen angeführten Stellen ist zu erkennen, worauf Hälschner seinen Begriff der Handlungsmehrheit bezog: er baut ihn allein auf dem Vorliegen eines subjektiven Moments, dem Vorhandensein einer Mehrheit von Absichten auf. Das Vorhandensein einer Mehrheit von Absichten nimmt er stets an, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen verletzt worden sind, z. B. das Leben, die Freiheit, die Ehre. Sie können nicht durch den Vorsatz des Täters dergestalt zusammengefaßt werden, daß sich nur ein einziger Delikt ergibt, wenn sie des öfteren verletzt wurden. Dagegen gibt es aber auch solche Rechtsgüter, z. B. das Eigentum, bei denen mehrfache Verletzungen, wenn sie aus einer verbrecherischen Absicht des Täters heraus vorgenommen werden, zu einem Delikt zusammengefaßt werden können. Hälschner nimmt darum eine Konkurrenz nicht um deswillen an, „weil eine Handlung unter

43) *cf.* pr. Strafrecht S. 510.

verschiedene Strafgesetze zu subsumieren ist, sondern weil die mehreren Gesetze trotz der gleichzeitgen Tätigkeit nur infolge einer Mehrheit verbrecherischer Absichten und Handlungen verletzt werden konnten" [44]).

Damit dokumentiert sich seine Auffassung der Idealkonkurrenz als Verbrechenskonkurrenz. Das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen Ideal- und Realkonkurrenz findet Hälschner in der Gleichzeitigkeit des Tuns. Diesen findet er aber selbst zur begrifflichen Unterscheidung ungeeignet. Er ist darum der Meinung, daß es keinen begründeten Unterschied zwischen den beiden Fällen der Verbrechenskonkurrenz gibt. Ebenfalls sieht er in der gleichartigen Idealkonkurrenz keine Verschiedenheit zur ungleichartigen Idealkonkurrenz [45]). Bei dem Verwerfen des Unterschiedes zwischen der Idealkonkurrenz und der Realkonkurrenz stützt er seine Meinung durch die Anführung Roßhirts, Marezolls [47]), Rosenblatts, die dieselbe Meinung wie er vertreten. Zu Hälschners Ansicht sei bemerkt, daß wir seinen Standpunkt um deswillen nicht teilen können, weil unser Handlungsbegriff (Handlung = willkürlicher Tätigkeit + Zwischenwirkungen + Erfolg) alle Elemente insofern einander gleichsetzt, daß, wenn eines von ihr fehlt, schon keine vollendete Handlung mehr als vorliegend erachtet werden kann. Das Verbrechen aber setzt sich aus den Begriffen Handlung und Schuld zusammen, wobei die letztere dolus oder culpa sein kann. Auch diese beiden Elemente müssen notwendig mehrere Male vorhanden sein, um Verbrechensmehrheit annehmen zu können. Diese Forderung bestreitet Hälschner aber, und deshalb muß von uns seine Lehre bezüglich der Idealkonkurrenz abgelehnt werden. Derselben Ansicht ist auch schon Berner [48]) bei Besprechung des Falles der Tötung mehrerer Personen durch einen Schuß: „Es ist auch in diesem Falle trotz der mehrfachen Absicht und trotz des mehrfachen Erfolges nur eine Handlung anzunehmen. Zu einer Mehrheit der Handlungen gehört nicht nur Mehrheit der Absichten und Mehrheit der Erfolge, sondern auch Mehrheit dessen, was zwischen der Absicht und dem Erfolge liegt." Würde Hälschner diese Sätze anerkennen, so würde er bei der Wahl seines Aus-

44) a. a. O. S. 511.
45) Pr. Strafrecht S. 509; Lehrbuch S. 671.
46) a. a. O. S. 188.
47) a. a. O. S. 194/195.
47) a. a. O. S. 48.
48) Gr. d. pr. Strafrechts, § 131, 132.

gangspunktes — Einheit der Handlung und des Verbrechens decken sich — zu einem Leugnen der Verbrechenskonkurrenz bei der Idealkonkurrenz kommen. Es ist u. E. nicht angängig, daß ein bei dem Täter vorliegendes subjektives Moment — seine Absicht — den Ausschlag geben soll, ob Verbrechenseinheit oder -mehrheit gegeben sein soll. Die Handlung ist, wie wir gesehen haben, die Summe der objektiven Merkmale des Verbrechens. Aus diesem Grunde ist es schon allein unmöglich, nur subjektive Gesichtspunkte heranzuziehen bei der Entscheidung, ob sie einmal oder mehrere Male vorhanden ist. Wir kommen darum zu dem Ergebnis, daß Hälschners Ansicht bezüglich des Wesens der Idealkonkurrenz nicht mit den von uns im ersten Teil aufgestellten und als richtig erkannten Gesichtspunkten übereinstimmt und darum zu verwerfen ist.

Auch Johns Ausführungen betreffen noch das preußische Strafgesetzbuch. Dort wird von der Konkurrenz in den §§ 55, 337 einerseits und den §§ 56, 338 andererseits gehandelt. Die §§ 55, 337 sind die unmittelbaren Vorläufer unseres § 73 des StGB., während die §§ 56, 338 die dem § 74 analoge Bestimmung enthalten. § 55 lautet: „wenn ein und dieselbe Handlung die Merkmale mehrerer Verbrechen oder Vergehen in sich vereinigt, so kommt das Strafgesetz zur Anwendung, das die schwerste Strafe androht." Dieser Rechtssatz soll seiner Meinung nach die Fälle der Gesetzeskonkurrenz unter sich begreifen, während § 56: „Gegen denjenigen, welcher durch verschiedene selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen begangen hat, ist auf sämtliche dadurch begründete Strafen vereinigt zu erkennen." Nach Johns Meinung sowohl für die Fälle der Idealkonkurrenz wie auch für die der Realkonkurrenz gelten soll. John steht ausdrücklich auf dem Standpunkt, daß an dem Grundsatz: „Soviele Verbrechen, soviele Handlungen" auf keinen Fall gerüttelt werden darf[49]). Wann nun bei Einheit der Tätigkeit Mehrheit der Handlungen anzunehmen ist, soll die Absicht des Täters ausweisen[50]). Es soll „eben, weil eine zweifache Absicht des Angeklagten festgestellt war, unmöglich von einer Handlung des Täters geredet sein können, sondern vielmehr zwei Handlungen angenommen werden." John rügt dem Gesetze nach, daß es durch seine Fassung des Gesetzestextes im § 56 Anlaß zu Unsicherheit gegeben habe, als es sagt, daß die Verbrechen durch verschiedene selbständige Handlungen begangen werden müßten, wo-

49) a. a. O. S. 153.
50) a. a. O. S. 151.

bei er auf § 338, I verweist, der diese Ungenauigkeit vermieden habe. Der Zusatz des Gesetzestextes „selbständige" ist überflüssig, da der Unterschied von selbständigen und unselbständigen Handlungen weder der Doktrin noch der Gesetzgebung bekannt sei[51]). Mehrere Verbrechen bedingen mehrere Handlungen, also ist es selbstverständlich, daß bei mehreren Verbrechen auch mehrere Handlungen vorliegen. Der Unterschied zwischen Ideal- und Realkonkurrenz beschränkt sich s. E. auf die Verschiedenheit resp. Gleichheit der Mittel und auf die Gleichzeitigkeit bzw. Ungleichzeitigkeit der Erfolge. Das sind aber seiner Meinung nach keine begrifflichen Unterscheidungsmerkmale. Beide sind echte Arten der Verbrechenskonkurrenz. Er verwirft also den Unterschied, der de lege lata zwischen ihnen besteht.

John ist sich vor allen Dingen nicht darüber klar geworden, was er unter Handlung verstehen will. Denn es ist nicht richtig, zu sagen: „Soviele Verbrechen, soviele Handlungen". Man muß vielmehr sagen: Die Handlung ist ein Element des Verbrechens. Wenn sich nun eine Mehrheit von Handlungen konstatieren läßt, so ist es möglich, bei mehrfachem Vorliegen auch der anderen Verbrechensmerkmale, eventuell eine Mehrheit von Delikten anzunehmen. Die Inanspruchnahme des § 55 für die Fälle der Gesetzeskonkurrenz ist aber ganz und gar nicht begründet. Wir werden in einem späteren Teile der Arbeit sehen, daß die Fälle der Gesetzeskonkurrenz sich als bloße Subsumtionszweifel lösen werden, für die es keiner Bestimmung im Gesetze bedarf, da sie sich dem kundigen Gesetzesinterpreten von selbst lösen. Geradezu falsch und ihrem Wesen widersprechend ist es aber, eine Bestimmung nach Art des § 55 für sie einzuführen. Nicht das Gesetz, das die schwerste Strafe androht, hat Anwendung zu finden, sondern dasjenige, das imstande ist, den konkreten Tatbestand gänzlich unter sich zu begreifen.

Der bedeutendste und eigenartigste Vertreter der Verbrechenstheorie bei der Idealkonkurrenz ist zweifellos Binding. Wir werden uns schon aus diesem Grunde recht ausführlich mit der von ihm aufgestellten Meinung und seinen Gründen zu beschäftigen haben. Bindings Obersatz lautet, daß Verbrechensmehrheit ohne Handlungsmehrheit nicht denkbar ist, daß also Verbrechensmehrheit auch unbedingt Handlungsmehrheit zur Voraussetzung habe[52]). Er unter-

51) a. a. O. S. 10.
52) *cf.* Handbuch S. 565.

scheidet aber zwei Handlungsbegriffe, einen juristischen und einen unjuristischen. Das Wesen des unjuristischen Handlungsbegriffes ist das der Handlung, wie sie von uns aufgefaßt wird und in den ersten §§ dieser Arbeit entwickelt wurde. Es ist der Begriff der Handlung, die wir als species des genus Handlung erkannt haben. Er geht aus von der durch menschliche Tätigkeit bewirkten Veränderung der Außenwelt als einem Geschehnis. Binding dagegen sagt: das primäre ist der verbrecherische Wille. Ihm folgt die Verwirklichung in der Tat nach. Verbrechen ist also die Selbstverwirklichung eines rechtlich relevanten Willens[53]). Dies ist der strafrechtliche Handlungsbegriff, der für das Gebiet des Rechtes allein interessiert, während der ersterwähnte Handlungsbegriff keiner Erwähnung bedarf. Der von ihm aufgestellte Handlungsbegriff soll seiner Meinung nach auch dem vom Gesetzgeber verwandten entsprechen, was er durch einen Katalog von Beispielen, in dem der Gesetzgeber Handlung in dem Sinne verwendet, aufstellt. „So faßt auch das Gesetz den Begriff der Handlung ganz regelmäßig: also so viel Verbrechenstatbestände verwirklicht sind, so viel Handlungen in seinem Sinne liegen vor — nicht mehr, nicht weniger." Trotz dieser Voraussetzung, daß jedes Verbrechen einer selbständigen Handlung und Kausalität bedarf, ist es seiner Meinung nach möglich, daß „die Ursachen verschiedener Erfolge sich, sei's in höherem, sei's in geringerem Maße, aber nie ganz aus identischen Bedingungen zusammensetzen, daß also, wenn verschiedene Bedingungen durch menschliche Tätigkeit geschaffen worden sind, derselbe Tatakt einen Beitrag zu verschiedenen Ursachen geliefert haben, also Bestandteil ganz verschiedener Ursachen geworden sein kann. Geht diese Identität der Bedingungen weit genug, so kann sie den Schein der Identität der Ursachen und der Einheit der sie setzenden Tätigkeit erwecken"[54]).

Zur Verdeutlichung zieht er das Beispiel des incestuosen Ehebruchs heran: Es werden dabei sowohl der Tatbestand des Ehebruchs wie auch der der Blutschande verwirklicht. Jedesmal ist Mittel der Begehung der Beischlaf, das eine Mal der Beischlaf des Ehegatten mit dem Nichtgatten. Der verbrecherische Wille ist hierbei der Ehebruchsvorsatz, der durch den Beischlaf mit dem Nichtgatten verwirklicht ist. Das andere Mal ist Mittel der Begehung der Beischlaf mit der Blutsverwandten, wobei sich der verbrecherische Wille auf

53) a. a. O. S. 565.

die Schändung der Heiligkeit der Familienbande richtet. Binding erkennt also hier zwei Handlungen: 1. Die Selbstverwirklichung des Ehebruchsvorsatzes mit dem Erfolg der Verletzung der ehelichen Treupflicht. 2. Die Selbstverwirklichung des blutschänderischen Vorsatzes mit dem Erfolge der Familienschändung. So gelangt Binding zu dem Satze, daß die Selbständigkeit zweier Handlungen durch das Maß der Identität ihrer Bedingungen in keiner Weise beeinträchtigt wird[55]). Zur Unterscheidung der Fälle der Verbrechensmehrheit von denen des zusammengesetzten Verbrechens fordert er auch eine Mehrheit selbständiger verletzter Tatbestände.

Bezüglich der Idealkonkurrenz stellt er fest, daß das Gesetz im § 73 einen unterschiedlichen Handlungsbegriff, einmal zur Ueberschrift des V. Abschnitts und andererseits zu dem Handlungsbegriff, den es sonst gebraucht, aufstellt. Er gibt nämlich zu, daß das Gesetz im § 73 das Wort Handlung in dem von uns aufgestellten Begriffe wiedergibt. In der zeitlichen Koincidenz der natürlichen Handlung sieht Binding das einzige Unterscheidungsmerkmal der Idealkonkurrenz von der Realkonkurrenz.

Diese natürliche Handlung ist seiner Ansicht nach bei der Idealkonkurrenz aus mehreren rechtlichen Handlungen zusammengesetzt, denn es liegen mehrere Entschlüsse und mehrere Rechtsgüterverletzungen vor. Außerdem birgt sie eine Mehrheit von Kausalitäten.

Bindings Fehlschluß offenbart sich ganz deutlich, wenn wir dem von ihm gewählten Beispiel: Zusammentreffen von Inzest und Ehebruch in Idealkonkurrenz nachgehen. Seine Ansicht ist die, daß ein Tatakt, indem er Bedingungen zu verschiedenen Ursachen setzt, Bestandteil verschiedener selbständiger Handlungen im Rechtssinne wird. Der eine Tatakt, der in dem von ihm gewählten Beispiel vorliegt, die einmalige Vollziehung des Beischlafes, soll also Bedingungen setzen für die Ursachen der beiden Erfolge. Diese Ursachen bestehen aber 1. in der Vollziehung des Beischlafes mit der Nichtgattin, 2. in der Vollziehung des Beischlafes mit der Schwester. Es ergibt sich also folgendes: Der eine Beischlaf als Tatakt ist Bedingung zu dem Beischlaf als Ursache des Erfolges der rechtlichen Handlung des Ehebruches bzw. des Erfolges der rechtlichen Handlung des Inzests. Ehebruch ist aber nichts weiter als der Beischlaf mit einem anderen als dem Gatten. Desgl. ist Inzest nichts weiter als der Beischlaf mit dem Blutsver-

55) *cf.* Handbuch S. 569.

wandten. Derselbe Tatakt ist also erstens tatsächlicher Akt, 2. Bedingung, 3. Ursache, 4. Inhalt des Deliktes überhaupt.

Nicht anders verhält es sich bei den Fällen der Idealkonkurrenz, in denen sich eine Mehrheit realer Erfolge ergibt. Folgendes Beispiel führt er aus: „..... Nicht anders verhält es sich, wenn durch eine Explosion Brand erregt und ein Mensch getötet wird. Die Ursachen davon, daß ein Balken brennt und daß ein Mensch stirbt, sind so fundamental verschiedene Ursachen fundamental verschiedener Erfolge, können sich also nicht aus genau denselben Bedingungen bilden; ganz ebenso wenn durch eine Explosion 100 Menschen umkommen. Ursache für den Tod des Einzelnen ist es, daß er getroffen wird, nicht daß sein Nachbar auch in die Luft fliegt[56]).

Hiergegen ist zu sagen, daß dieser Unterschied von Bedingungen und Ursachen, den Binding konstatiert, von uns nicht anerkannt werden kann. Als Bedingungen der Explosion kann man den Umstand bezeichnen, daß in dem betreffenden Gebäude Stoffe lagerten, die so beschaffen waren, daß sie bei dem Hinzutreten von Luft oder von Sauerstoff, in die Luft fliegen und ähnliche Tatsachen. Ursache der Explosion ist es aber, daß A eine Zündschnur an das Dynamitlager legte und entzündete. Sie bewirkte die Explosion. Diese Wirkung ist wieder die Ursache zu dem Brand und der Brand verursacht wiederum den Tod des A. Auch in dem zweiten Beispiel ist zweifellos nicht die Ursache des Todes des A, daß B, C, D und E auch in die Luft fliegen, sondern die Ursache des Todes des A ist zweifellos die Tatsache, daß er getroffen wird. Aber diese Ursache ist wiederum ihrerseits die Wirkung einer früheren Ursache, nämlich des Inbrandsetzens der Zündschnur. Dies Beispiel zeigt, daß eins der Glieder der Kausalkette gemeinsam ist, daß aber die Mehrheit der verbrecherischen Entschlüsse nicht imstande ist, Handlungsmehrheit zu erzeugen, haben wir schon bei Hälschner nachgewiesen. Wir verweisen darum auf die dort gegebenen Gründe.

Diese Beispiele haben wohl ergeben, daß das Vorgehen Bindings, einen besonderen strafrechtlichen Handlungsbegriff zu finden, nicht angängig ist. Schon des öfteren ist es betont worden und muß auch hier wieder hervorgehoben werden, daß das Recht die Ordnung und Bewertung der tatsächlichen Geschehnisse zur Aufgabe hat, soweit sie durch Menschen herbeigeführt werden. Darum muß es den

---

56) *cf.* Handbuch S. 568/569.

natürlichen Begriff der Handlung des täglichen Lebens, wie er von der Logik und dem Sprachgebrauch herausgearbeitet worden ist, verwenden. Die strafrechtliche Handlung unterscheidet sich von der natürlichen Handlung nur insofern, als sie durch die spezielle Eigenschaft der strafrechtlichen Qualifiziertheit vor ihr ausgezeichnet ist. Diese kann man unter dem Begriff Rechtswidrigkeit zusammenfassen, die der Beziehung der natürlichen Handlung zur Rechtsordnung Ausdruck verleiht. Bindings Handlungsbegriff ist, weil er diese Bedenken außer Acht läßt, unserer Ansicht nach für die Zwecke des Rechts nicht zu gebrauchen. Er ist darum nicht falsch, betrachtet aber das Verbrechen von einem ganz anderen Standpunkt aus als wir. Man könnte seinen Handlungsbegriff als einen Begriff der Philosophie bezeichnen.

Wir müssen also auch Bindings Ausführungen zur Konstruktion der Idealkonkurrenz ablehnen.

Auch v. Bar gehört wohl in diese Gruppe der Schriftsteller hinein, wenn er auch in mancher Beziehung abweichende Ansichten hat und seine eigenen Wege geht. Er führt aus, daß wenn die zurechnungsfähige Person bei einer jeden Körperbewegung einen Erfolg bestrebt, die Handlung nicht ohne einen vorgestellten Erfolg gedacht werden könne. Nicht die Körperbewegung an sich bestimme die Handlung, sondern Absicht und Erfolg[57]). v. Bar bringt also in den Handlungsbegriff, der die objektiven Merkmale des Verbrechens enthält, die subjektiven Merkmale und zwar als Individualisierungsmomente hinein. Wohl verlangt jede Handlung eine willkürliche Körperbewegung oder ein willkürliches Nichtbewegen des Körpers, und in den meisten Fällen hat der Täter auch eine Erfolgsvorstellung. Dieser Wille braucht sich aber nicht auf den Erfolg zu richten, ebenso wenig wie die Vorstellung. Man erinnere sich an das treffende Beispiel bei M. E. Mayer, daß jemand mit einem brennenden Licht in ein Zimmer tritt, das sich seit Stunden mit ausströmendem Gasgemisch gefüllt hat. Die Körperbewegung ist eine willkürliche, auch ein Erfolg ist vorgestellt, das Fenster sollte geöffnet werden. Dennoch kann Fahrlässigkeit gegeben sein, wenn der Täter die Undichtheit der Gasleitung kannte. Daß die verbrecherische Absicht als Individualisierungsmerkmal nicht in Frage kommt, haben wir bereits bei anderer Gelegenheit nachgewiesen. Wir verweisen darum auf die dort gegebene Begründung.

---

57) *cf.* a. a. O. S. 524 ff.

v. Bar führt für seine Ansicht, daß im Falle der Idealkonkurrenz Verbrechensmehrheit, weil Handlungsmehrheit, gegeben ist, ein zivilrechtliches Beispiel an: A nimmt in einem an B addressierten Schreiben folgende rechtsgeschäftliche Handlungen vor: 1. Er nimmt eine Kaufofferte des B an. 2. er gibt dem B eine Anweisung, dem C eine Unterstützung auf sein, des A, Konto auszuzahlen. 3. er gibt seine Einwilligung zur Heirat seiner Tochter mit B. Das — meint v. Bar — seien doch drei verschiedene Handlungen, obwohl sie in einem einzigen Schreiben enthalten sind. Ebenso liegt es seiner Meinung nach im Falle der Idealkonkurrenz. Richtig ist, daß auch die Handlungen des Zivilrechts keiner anderen Gattung als die Handlungen des Strafrechts angehören. Aber auf sie finden eine Reihe von Rechtsregeln Anwendung, welche dem Strafrecht versagt sind, wie z. B. die Sätze der Analogie und der Fiktion. Er kommt bei seiner Ansicht aber schließlich dazu, vor allem den Erfolg als Individualisierungsmerkmal der Handlung zu bezeichnen. Daß ein solches Verfahren von uns nicht gebilligt werden kann, geht schon aus den Ausführungen im ersten Teil dieser Arbeit hervor.

§ 2.

Die Theorie der Gesetzeskonkurrenz.

Die im Vorstehenden erörterten Ansichten der verschiedenen Schriftsteller, die auf dem Standpunkt stehen, daß im Falle der Idealkonkurrenz echte Verbrechenskonkurrenz gegeben ist, konnten weder in ihren Ausführungen noch in ihren Ergebnissen befriedigen, wie wir im Einzelnen dargelegt haben. Wir mußten also ihre Lehre verwerfen.

Der Strafrichter hat über Handlungen von Menschen abzuurteilen, die sich, wie schon ausgeführt ist, in ihrem Wesen absolut nicht von irgendwelchen Handlungen des täglichen Lebens unterscheiden, denn es ist nichts begrifflich Verschiedenes, ob A seinen Hund oder den des B totschlägt, ob er seinen eigenen Obstbaum oder den des Nachbarn beschädigt, obwohl die eine Handlung sich infolge ihrer strafrechtlichen Würdigung als ein Delikt darstellt.

Aus diesem Grunde sind wir zu dem an den Anfang dieser Arbeit aufgestellten Handlungsbegriff gekommen, bei dessen Gewinnung wir von dem natürlichen Handlungsbegriff ausgegangen sind.

Auch die Fälle der Idealkonkurrenz stellen sich als Vorkommnisse des täglichen Lebens dar. Auch auf sie müssen

die oben gefundenen Begriffe bei sinnvoller Anwendung zu treffen. Wir können bei der Idealkonkurrenz die Fälle unterscheiden, in denen nur ein einziger Erfolg erzielt worden ist und diejenigen, bei denen sich eine Mehrheit von realen Erfolgen ergeben hat.

In beiden Fällen kann nur eine einzige Tätigkeit verzeichnet werden: Also bei dem Beispiel des erzwungenen inzestuosen Ehebruchs nur eine einmalige Vollziehung des Beischlafes, bei dem Beispiel der Verletzung mehrerer Personen durch einen Schuß das einmalige Abfeuern des Gewehrs. Der eine reale Erfolg beim ersten Beispiel kann sowohl als Erfolg einer Notzuchtshandlung wie als Erfolg des Ehebruchs angesehen werden. Alle Erfolge stehen sich insofern gleich, als sie alle aus einer einzigen Tätigkeit hervorgegangen sind. Wir haben gesehen, daß, um Verbrechenseinheit und Handlungseinheit anzunehmen es nicht nötig ist, daß nur eine einzige Tätigkeit, nur ein einziger Erfolg sich nachweisen läßt. Daran jedoch müssen wir unter allen Umständen festhalten, daß ein jedes Element der Handlung und des Verbrechens mindestens einmal vorhanden ist, um Handlungseinheit und Verbrechenseinheit annehmen zu können. Wenn wir also zu dem Schlusse kommen wollen, daß im Falle der Idealkonkurrenz Verbrechensmehrheit vorliegt, dann müssen die Elemente der Handlung und des Verbrechens so oft im konkreten Falle vertreten sein, wie Verbrechen vorhanden sein sollen.

Im Falle der Idealkonkurrenz ist nur ein Tätigwerden vorhanden. Deshalb kann nur eine einzige Handlung als vorliegend erachtet werden, und weil wir das Verbrechen in der Hauptsache als Handlung auffassen, auch nur ein Verbrechen.

Die Idealkonkurrenz ist also ein Fall der Handlungs- und Verbrechenseinheit.

Dennoch läßt sich aber nicht leugnen, daß die Handlung des inzestuosen Ehebruchs sowohl den Tatbestand des § 172 wie den des § 173 erfüllt, je nachdem, ob die eine Handlung als Beischlaf mit einer Blutsverwandten oder als Beischlaf mit dem Nichtgatten angesehen wird. Es kann die eine natürliche Handlung nicht so unter einen gesetzlichen Tatbestand untergeordnet werden, daß kein Rest bleibt. Ein jedes der Strafgesetze paßt; keines schließt durch seine Anwendung die übrigen aus. Sie sind gleichmäßig für die eine Handlung zuständig. Es ist also eine Konkurrenz von Gesetzesbestimmungen im Falle der Idealkonkurrenz gegeben, und wie wir sehen werden, der einzige Fall echter Gesetzes-

konkurrenz. Wir geben also denjenigen Recht, die den Namen Idealkonkurrenz verwerfen und dafür die Bezeichnung Gesetzeskonkurrenz einführen wollen, denn dieser Name ist der einzige, der richtig den rechtlichen Charakter dieses Gebildes zum Ausdruck bringt.

Mit diesem Ergebnis, daß im Falle der Idealkonkurrenz Konkurrenz der Strafgesetze vorliegt, stimmt das StGB. im § 73 vollkommen überein. Im Anschluß an das preußische StGB. und im Gegensatz zur herrschenden Lehre stellt es den Satz auf: „Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe androht, ... zur Anwendung“ [1]). Hätte es auf dem Standpunkt der Verbrechenskonkurrenz gestanden, so hätte es eine dem § 74 parallele Ausdrucksweise wählen müssen. Das Argument, das man aus der Ueberschrift des Abschnittes herleiten will [2]), muß verstummen gegenüber der durchaus klaren und eindeutigen Ausdrucksweise des Gesetzestextes, die bewußt gewählt wurde. Auch die Zurückverfolgung der historischen Linie von unserem Strafgesetzbuch zurück über das preußische Strafgesetzbuch zum Entwurf zeigt deutlich, welcher Ansicht der Gesetzgeber sich als der seiner Meinung nach begründeten zugewandt hat.

Richtig ist allerdings, daß die Ueberschrift des 5. Abschnittes unseres Strafgesetzbuches nicht recht für den § 73 paßt, sondern mit dem Inhalt, den er zum Ausdruck bringt, in Widerspruch steht. Aber die Ueberschrift, die nur der Orientierung dient und nicht selbst Gesetz ist, kann unmöglich als Gegenargument gegenüber den klaren Worten des Gesetzes herangezogen werden. Diesen Grund führt schon Wachenfeld an [3]). Er macht auch an derselben Stelle darauf aufmerksam, daß die Ueberschrift bisweilen nur den Hauptinhalt eines Abschnittes zum Ausdruck bringen will, während andere Teile nicht darin erwähnt werden. Es ist aber durchaus zu begrüßen, daß die neuen Entwürfe diese Un-

---

1) Die Motive des Entwurfes wie des StGB's. ergeben zwar wenig; aber die Motive zu den Beratungen über die Fälle der Realkonkurrenz erwähnen den Satz: *quot delicta, tot poende*, mit dem Bemerken, daß man von diesem Satz abgewichen ist. Daraus schließen wir, weil man es nicht für nötig hielt, dies auch bei der Idealkonkurrenz zu erwähnen, daß nach Ansicht des Gesetzgebers also hier keine Konkurrenz von Delikten vorliegt.

2) *cf.* z. B. Olshausen, § 73.

3) *cf.* Wachenfeld, Verbrechenskonkurrenz S. 72.

genauigkeit vermeiden, indem sie entweder eine mit dem begrifflichen Wesen der Idealkonkurrenz harmonierende Bezeichnung wählten oder eine Sonderüberschrift über die dem § 73 entsprechenden §§ setzten.

Es wird ferner von der Verbrechenstheorie darauf aufmerksam gemacht, daß der § 73 im Gegensatz zu § 74 das Wort Handlung ohne den Zusatz „selbständig" gebraucht. Im § 74 ist es sehr wohl am Platze, um zum Ausdruck zu bringen, daß die Verbrechensmehrheiten der Realkonkurrenz im Gegensatz zu den zusammengesetzten Verbrechen und den fortgesetzten Verbrechen stehen, in denen wohl Handlungsmehrheit, aber dem Gesetze nach Verbrechenseinheit gegeben ist. Auch diese Konfliktsmöglichkeit ist von den Entwürfen vermieden worden.

Es besteht nun, wie Binding und Bünger nachgewiesen haben, keine feste Terminologie des Wortes „Handlung" im StGB., daß aber Handlung im § 73 im Sinne des von uns aufgestellten Begriffes gebraucht worden ist, wird z. T. auch von der Gegenmeinung zugestanden [4]).

Der § 73 füllt nun die notwendigerweise klaffende Lücke des Gesetzes aus, indem es die Anweisung des Gesetzgebers enthält, welches von den konkurrierenden Gesetzen zur Anwendung zu kommen hat. Daß seine Wahl auf dasjenige Gesetz fällt, welches die schwerste Strafe androht, ist nur den Grundsätzen der Billigkeit angemessen. In den meisten Fällen wird eine Straftat, die gleichzeitig eine Mehrheit von Strafgesetzen verletzt, eine hohe Strafe verlangen. Sollte aber dennoch die Bestrafung mit der höchsten Strafe zu hart im einzelnen Falle sein, so ist ja, wie wir gesehen haben, der Richter nicht irgendwie gebunden, sondern kann nach dem gesamten Strafrahmen des in Frage kommenden Gesetzes die Strafe verhängen.

Konsequent ist es ferner von diesem Standpunkt aus, daß das Gesetz der gleichartigen Idealkonkurrenz keine Erwähnung tut. Wenn man die Idealkonkurrenz als eine Konkurrenz von Strafgesetzen betrachtet, so ist bei dem Fall, daß durch die eine Handlung dasselbe Gesetz des öfteren verletzt worden ist, es keinesfalls zweifelhaft, welches Gesetz zur Anwendung zu gelangen hat, da ja nur eines überhaupt in Frage kommt. Eine solche Annahme ist schon rein logisch unmöglich. Mit dem Begriffe Konkurrenz ist notwendig verbunden, daß eine Mehrheit selbständiger Faktoren in einem Streit der Kräfte sich befindet. An dieser Mehrheit fehlt es aber, denn es ist ja nur ein einziges Strafgesetz ver-

4) *cf.* Binding S. 566 und S. 574 Handbuch.

letzt. Die sogen. gleichartige Idealkonkurrenz ist also überhaupt kein Fall einer Konkurrenz, sondern ein einfaches Delikt, das nur durch eine Mehrheit von Erfolgen ausgezeichnet ist. In dieser einzig richtigen Weise wird der Fall der gleichartigen Idealkonkurrenz auch behandelt von dem Vorentwurf von 1909, dem Gegenentwurf von 1911, dem Kommissionsentwurf von 1913, dem Entwurf von 1919 und dem Entwurf von 1925. Der Entwurf von 1927 macht unbegreiflicher Weise eine Ausnahme von der richtigen Regelung seiner Vorgänger und des geltenden Strafrechts, indem es auch die Fälle der gleichartigen Idealkonkurrenz unter die Idealkonkurrenz zieht. Daß dies begrifflich falsch ist, geht schon aus den Folgerungen hervor. Die §§ 66, 67, 68 des Entwurfs, die durch § 65 auch auf die gleichartige Idealkonkurrenz Anwendung zu finden hätten, versagen ihrem Inhalte nach für diese Fälle. Denn es ist z. B. Unsinn, wenn § 66 bestimmt, welches Strafgesetz Anwendung zu finden hat, obwohl ein einziges überhaupt verletzt worden ist.

Im Anschluß an Klein[5]), Kleinschrod[6]) Abegg[7]), Krug[8]), Jagemann[9]) wurde Liszt im 19. Jahrhundert der neue Begründer derjenigen Theorie, die in der Idealkonkurrenz eine Konkurrenz von Strafgesetzen sieht[10]). Er bezeichnet die Idealkonkurrenz als scheinbare Gesetzeskonkurrenz, ein Name der von uns jedoch nicht gebilligt werden kann, denn aus welchem Grunde soll eine Institution, nachdem ihr Wesen erkannt worden ist, nachdem bezeichnet werden, was sie nicht ist, sondern nur nach der Ansicht einer Gegenmeinung sein soll. v. Liszt sieht in der Einheit der Handlung ein notwendiges Individualisierungsmerkmal des Verbrechens, so daß es unmöglich ist, mehrere Verbrechen als durch eine Handlung verübt anzusehen. Es konkurrieren also die Tatbestände der einzelnen Gesetzesbestimmungen um Anwendung auf die eine Handlung, das eine Verbrechen. Weil aber nur ein Verbrechen als vorliegend zu erachten ist, deshalb muß er Anwendung des alten Grundsatzes des Strafrechts ne bis in idem verlangen.

---

5) Kritische Betrachtungen über den Entwurf vom Jahre 1843. S. 243/244.

6) Klein, Grundsätze d. pein. Rechts. § 157.

7) a. a. O. § 102.

8) Ueber die Konkurrenz der Verbrechen, S. 2.

9) a. a. O. S. 242.

10) *cf.* Lehrbuch S. 238—241.

Die Erkenntnis, daß aus einer Handlung nie mehrere Verbrechen hervorgehen können, ist die erste Grundwahrheit der Theorie, die in der Idealkonkurrenz eine Konkurrenz von Strafgesetzen sieht. Aus ihr folgt die ganze übrige Einstellung zu diesem Problem. Deshalb weichen die einzelnen Vertreter dieser Theorie in ihren Anschauungen auch nicht wesentlich von einander ab, während wir bei den Vertretern der Verbrechenskonkurrenz erhebliche Verschiedenheiten erkennen konnten. Das resultiert wohl zum guten Teil aus der Gleichheit resp. Ungleichheit der Voraussetzungen.

Auf dieser Erkenntnis basiert auch Wachenfelds Lehre über das Wesen der Idealkonkurrenz [11]). „Bei einer Handlung ist immer nur eine Kausalkette vorhanden. Ein jedes Verbrechen erfordert aber eine besondere, und jedes setzt eine vollständige Handlung voraus. Begründete die Mehrheit der in einer Kausalkette liegenden verbrecherischen Erfolge eine Mehrheit von Verbrechen, so würde zu keinem derselben eine vollständige Handlung gehören. Dieser Mangel läßt geradeso wenig eine Mehrheit von Verbrechen annehmen, als die verschiedenen Mündungen eines Flusses eine ‚Mehrheit von Strömen.“ Eine Handlung ist also gegeben, aber eine Mehrheit von Erfolgen. Es ist kein Gesetz vorhanden, das die gesamte Tat mit allen ihren Einzelheiten und allen ihren Erfolgen richtig zu würdigen imstande ist. Keines schließt auch durch seine Anwendung das andere aus. Deshalb liegt hier eine echte Konkurrenz von Gesetzesbestimmungen vor [12]). Wachenfeld fordert deshalb für das Gebilde der Idealkonkurrenz den Namen Gesetzeskonkurrenz [13]). Wir können ihm nur bei dieser Forderung zustimmen.

Wachenfeld gelingt es, der von ihm vertretenen Theorie eine erhebliche Stütze dadurch zu gewinnen, daß er die außerdeutschen legislatorischen Arbeiten einer Betrachtung unterzieht, wodurch ihm der Nachweis gelingt, daß gerade die besten und modernsten dieser Gesetzgebungswerke dem von ihm und von v. Liszt vertretenen Standpunkte folgen [14]).

Wachenfeld zieht ferner die Folgerungen seiner Lehre auf strafprozessualem Gebiet. Diese faßt er zusammen in folgenden Sätzen:

---

11) *cf.* Theorie der Verbrechenskonkurrenz, S. 59.
12) a. a. O. S. 55.
13) Strafrecht bei Holtz-Kohler Bd. II S. 258. L. S. 103. *a*) § 39, *b*) § 32, *c*) § 64 I S. 2, *d*) § 66 Abs. I S. 2.
14) *cf.* Verbrechenskonkurrenz, S. 67 ff.

1. Das Gesetz mit dem höchsten Strafmaximum in abstracto ist anzuwenden, bei verschiedenen Strafarten das Gesetz, welches die schwerste zulässige Strafe androht, wobei die Strafarten in der Reihenfolge: Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Festung, Haft, Geldstrafe aufeinanderfolgen [15]).

2. Schuld und Strafbarkeit müssen bei jeder Verletzung des Gesetzes geprüft werden.

3. Eine einheitliche Strafe ist festzusetzen, wobei jedoch die anderen Erfolge eventuell als Straferhöhungsgründe in Betracht kommen. Dem Gesetzestexte nach steht jedoch nichts im Wege, auch auf das Minimum zu erkennen, selbst wenn dies geringer ist als in einem der übrigen mitverletzten Strafgesetze. Diese zwar theoretisch mögliche, aber vom Gesichtspunkt der Billigkeit aus nicht zu billigende Entscheidung wird in zutreffender Weise durch die Regelung der neuen Entwürfe zu vermeiden gesucht. Der Entwurf von 1913 (a), 1919 (b), 1925 (c), 1927 (d) suchen dem abzuhelfen, indem sie eine Bestimmung aufnehmen, durch die ausgeschlossen wird, daß auf eine niedrigere Strafe als nach einem der verletzten Strafgesetze zu verhängen ist, erkannt werden kann.

4. Mildernde Umstände sind inbezug auf die ganze Tat auszusprechen.

5. Das Urteil muß sich auf die ganze Tat beziehen.

Durch diesen letzten Satz ist vor allem ausgesprochen, daß nur die Strafandrohungen absorbiert werden, aber nicht die einzelnen Gesetzestatbestände. Diese kommen nach wie vor in Betracht, nur die Strafe wird allerdings allein nach dem Gesetz mit der schwersten Strafdrohung ausgesprochen. Durch diese eine Strafe werden aber sämtliche Gesetzesverletzungen bestraft, so daß beim Rückfall auf die Bestrafung in der Idealkonkurrenz zurückgegriffen werden kann. Damit ist ein Bedenken, das vor allem von den Vertretern der Verbrechenstheorie gegenüber der Theorie der Gesetzeskonkurrenz vorgebracht wird, zurückgewiesen.

Dieser Gedanke wird in denjenigen Entwürfen aufgenommen und zum klaren Ausdruck gebracht, die bestimmen, daß im Falle der Idealkonkurrenz auf Nebenstrafen und sichernde Maßnahmen auch dann erkannt werden kann, wenn sie nur nach einem an sich mit seiner Strafandrohung ausgeschlossenen Gesetz verhängt werden können (a).

---

15) *cf.* RGE. 53 S. 47, 54 S. 29.

Schon früher war Hiller[16]) zu denselben Resultaten wie v. Liszt über das Problem der Idealkonkurrenz gekommen. Er hat sich insofern ein besonderes Verdienst um die Klärung der Frage gemacht, als er als erster einen geschichtlichen Ueberblick über die Entwicklung der Konstruktionsprinzipien bei der Idealkonkurrenz gegeben hat.

Heinemanns Schrift „die Lehre von der Idealkonkurrenz" ist, wie aus der Einleitung hervorgeht, aus dem Bestreben hervorgegangen, der von v. Liszt und Hiller vertretenen Lehre neue Beweismittel und Belege zu liefern. Seine Lehre gipfelt schließlich in dem Satz[17]): „Durch eine natürliche Handlung können zwar mehrere rechtlich geschützte Interessen verletzt, niemals aber mehrere Verbrechen im Sinne von strafbaren Handlungen begangen werden, da Verbrechen nichts anderes ist, als eine besonders qualifizierte, natürliche Handlung. Wenn durch dieselbe natürliche Handlung mehrere verschiedenartige rechtlich geschützte Interessen angegriffen werden, auf den einen Fall also die Begriffsmerkmale verschiedener Strafgesetze passen, so kann stets nur eines derselben zur Anwendung kommen, eben weil nur ein Verbrechen vorhanden ist. Aus praktischen Gründen muß dies das die schwerste Strafe androhende Gesetz sein, damit die unvermeidliche Lückenhaftigkeit des Gesetzes wenigstens annähernd wieder ausgeglichen wird."

Seine Ansicht ist von der von Wachenfeld vertretenen nur insofern verschieden, als er nicht nur Absorption der Strafdrohungen durch die schwerste, als vielmehr Absorption der Gesetze durch das die schwerste Strafe androhende Gesetz verlangt. Es kommt also zur Beurteilung der Straftat seiner Ansicht nach nur der Inhalt des schwersten Gesetzes zur Anwendung. Die anderen Gesetze bleiben völlig außer Ansatz[18]). Diese seine Ansicht können wir nicht teilen. Die Strafprozeßordnung verlangt in § 27, daß die Straftat nach allen Richtungen der Beurteilung des Richters zu unterliegen hat. Diese Vorschrift wird aber nicht befolgt, wenn wir das von Heinemann vorgeschlagene Verfahren wählen. Es bleiben dann diejenigen Teile der einzelnen Straftat gänzlich unberücksichtigt, die eben

16) *cf.* Gerichtssaal XXXII, S. 195 ff.
a) VE. § 90; GE. § 99; KE. 39; E. von 1919 § 32; Oester. GE. § 34; E. 25 § 65; E. 27 § 67. Grünhut's Zeitschrift Bd. 13.
17) *cf.* a. a. O. S. 78.
18) *cf.* a. a. O. S. 96.

nicht unter das zur Anwendung gelangende Gesetz fallen. Wichtig wird dies für den Fall des Rückfallverbrechens, wo keine Strafschärfung erfolgen kann, wenn das Delikt früher so begangen wurde, daß noch ein Gesetz mit schärferer Strafandrohung verletzt wurde, weswegen die Strafe aus diesem § zu verhängen war. Dieser von Heinemann vertretene Gedanke hat keinen Anklang gefunden. Wir können dies am besten daran erkennen, daß keiner der Entwürfe ihn aufgenommen hat, vielmehr nehmen sie alle den von uns vertretenen Standpunkt ein, den sie noch mit stärkerem Nachdruck als das geltende Strafgesetzbuch zum Ausdruck bringen.

Auch Höpfner geht von der Handlung als dem natürlichen Ereignis aus und gelangt, obwohl er auf dem Standpunkt steht, daß zur Handlung nicht der natürliche Erfolg zu rechnen ist, zu dem Ergebnis[19]): „.... Durch vorstehende Darlegungen in Verbindung mit den Erörterungen des ersten Abschnittes ist nun der Beweis erbracht, daß trotz der Mehrheit der rechtlich relevanten Erfolge und der übertretenen Rechtsnormen in allen den Fällen, wo das zu mehreren Tatbestandserfüllungen gehörige Handeln ganz oder teilweise identisch ist, also in den Fällen, die man als Fälle der idealen Konkurrenz zu bezeichnen pflegt, nur ein Verbrechen vorliegt.

Die Gegenmeinung, daß Verbrechensmehrheit bei Einheit der Handlung vorliegen solle, tut er mit folgendem, sehr bezeichnenden Beispiel ab: „Dieser Schluß aber (gemeint ist der Schluß auf das Vorliegen zweier Verbrechen in einer Handlung) ist um nichts besser wie folgender: Erstens: ich habe einen Schimmel; zweitens: ich habe einen Hengst. Ein Schimmel ist ein Pferd, ein Hengst ist auch ein Pferd. Also habe ich zwei Pferde. Wenn der Schimmel zugleich der Hengst ist, so habe ich einen Schimmelhengst, d. i. ein Pferd, aber nicht zwei Pferde“[20]). Auch Baumgarten vertritt die Lehre, daß die Idealkonkurrenz Konkurrenz von Strafgesetzen ist. „In Gesetzeskonkurrenz stehen Strafgesetze, welche einzeln für sich betrachtet, auf eine Handlung sämtlich angewandt werden könnten, deren kumulative Anwendung aber kraft ihres besonderen Inhaltes eine mehrfache jeweils abschließende Würdigung eines und desselben Verbrechensmomentes enthalten würde und daher unzulässig ist. ..... In dem Falle der Idealkonkurrenz liegt ein dem Ver-

19) *cf.* a. a. O. S. 168.
20) *cf.* a. a. O. S. 161.

brechen wesentliches Moment, die Auflehnung gegen das Rechtsgebot, nur einmal vor, ..." [21]).

Aus diesen Ausführungen geht klar Baumgartens Einstellung zu dem Problem, ob Verbrechenseinheit oder Verbrechensmehrheit bei der Idealkonkurrenz gegeben ist, hervor. Er entscheidet sich für die von v. Liszt, Wachenfeld u. a. vertretene Theorie der Gesetzeskonkurrenz.

Unter den neueren Vertretern der Theorie der Gesetzeskonkurrenz ist wohl einer der konsequentesten und bedeutendsten M. E. Mayer. Er versteht unter Idealkonkurrenz den Fall, „daß auf eine und dieselbe Handlung mehrere Gesetze anwendbar sind, von denen keines dem anderen weicht" [22]). Er geht aus von dem Begriff der konkreten Handlung, dem einzelnen Geschehnis, bemerkt aber, daß, wenn man Verbrechen in dem Sinne definiert, daß man darunter die Erfüllung eines Tatbestandes versteht, es seiner Ansicht nach zulässig ist, von Konkurrenz der Delikte auch im Falle der Idealkonkurrenz zu sprechen. Den Fall der gleichartigen Idealkonkurrenz bezeichnet er als das gerade Gegenteil einer Konkurrenz, da ja für diesen Fall gerade kein Konkurrieren, d. h. in Wettbewerb-um-Anwendung-treten, zu konstatieren ist.

Auch Gerland hat sich in seinem Lehrbuch für die Gesetzeskonkurrenz hinsichtlich der Idealkonkurrenz entschieden [23]).

Von den Privatrechtlern ist noch Lent zu erwähnen, der absolut auf dem Standpunkt der Gesetzeskonkurrenz für die Fälle der Idealkonkurrenz steht. Ein näheres Eingehen auf seine Ausführungen erübrigt sich jedoch, da er keine wesentlich neuen Gesichtspunkte findet [24]).

Desgl. teilt Beling letzten Endes die Ansicht, daß im Falle der Idealkonkurrenz eine Konkurrenz von Gesetzen vorliegt, gelangt jedoch auf einem eigenartigen Wege zu diesem Ergebnis. Er wird des öfteren, so z. B. von Frank, für die Verbrechenstheorie in Anspruch genommen. Deshalb vernotwendigt sich ein Eingehen auf seine Lehre. Beling faßt das Verbrechen auf als die konkrete tatbestandsmäßige Handlung [25]). Um den Begriff der Idealkonkurrenz zu bekommen, stellt er ihn dem der Gesetzes-

21) Baumgarten S. 74.
22) *cf.* a. a. O. S. 505.
23) *cf.* a. a. O. S. 161.
24) *cf.* a. a. O. S. 43 ff.
25) Lehre vom Verbrechen, S. 309.

konkurrenz gegenüber und findet bei dieser Gegenüberstellung, daß bei der Gesetzeskonkurrenz ebenso wie bei der Idealkonkurrenz Doppeltypizität der Tat vorliegt, d. h. die verbrecherische Tat paßt unter verschiedene vom Gesetzgeber aufgestellte abstrakte Typen. Der Unterschied besteht nur darin, daß bei der Gesetzeskonkurrenz der eine Typus ganz außer Ansatz bleibt, während dies bei der Idealkonkurrenz nicht der Fall ist, wo beide Typen passen. Mit dem Worte Typus bezeichnet nun Beling nichts weiter als einen abstrakten Gesetzestatbestand. Wenn nun der eine Tatbestand für die Dauer seiner Anwendung alle übrigen ausschließt, d. h. „alle übrigen bleiben außer Ansatz," dann liegt Gesetzeskonkurrenz vor. Schließen sich die abstrakten Tatbestände aber nicht gegenseitig aus, so liegt Idealkonkurrenz vor. Es sind dann beide gesetzlichen Tatbestände durch die konkrete Handlung erfüllt worden, aber laut positiver gesetzlicher Bestimmung treten ihre Strafdrohungen in ein subsidiäres Verhältnis zu einander. Die eine Strafdrohung schließt also die anderen von der Anwendung aus.

Der abstrakte Tatbestand ist die Summe aller abstrakten Tatbestandsmerkmale des einzelnen Deliktsbegriffes. Diese Tatbestandsmerkmale werden nun durch die einzelne Tat konkretisiert, verwirklicht; der abstrakte Tatbestand wird erfüllt, wenn das konkrete Geschehen der Schablone, die das Gesetz gibt, und die für viele Einzelfälle paßt, entspricht. Es ist also jedes der rein konkreten Momente mit jedem anderen, das dasselbe Tatbestandselement enthält, absolut gleichwertig. Es würde z. B. zur Anwendung der §§ 211, 223 die Feststellung genügen, daß sich die Tat gegen einen anderen Menschen richtete. Es ist gleichgültig, ob durch Erschießen, Erdrosseln oder Ertränken getötet ist und es ist ohne Interesse, ob X, Y oder Z getötet wurde. Daraus zieht Beling den Schluß, daß es bei Anwendung eines Tatbestandes auf eine einheitliche Handlung ohne Belang ist, ob ein Tatbestandsmerkmal durch ein oder eine Mehrheit von Momenten erfüllt ist. Diese Sätze, angewandt auf den Fall der gleichartigen Idealkonkurrenz ergeben, daß er sie überhaupt nicht für Konkurrenzfälle hält, sondern „für eine einfach-typische einheitliche Handlung, ausgezeichnet nur durch eine Verstärkung der konkreten Momente, die aber nicht den Verbrechensbegriff, sondern nur die quantitative Bedeutung der Tat betreffen." Für die Bezeichnung „gleichartige Idealkonkurrenz" schlägt er „verstärkte Tatbestandsmäßigkeit" vor.

Zu einer klaren Entscheidung, ob im Falle der Idealkonkurrenz Verbrechenseinheit oder Verbrechensmehrheit vorliege, kommt Beling bewußt nicht, weil er die Entscheidung dieser Frage für belanglos hält. Nach seiner Definition ist Verbrechen die tatbestandsmäßige rechtswidrige, schuldhafte, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbaren und den Strafandrohungsbedingungen genügende Handlung[26]). Dagegen, wenn das Verbrechen als Tatbestanderfüllung oder ähnlich, jedenfalls begrifflich, definiert wird, hält er es nicht für falsch, im Falle der Idealkonkurrenz von Verbrechensmehrheit zu sprechen.

Trotzdem er sich nicht in klaren Worten für die eine oder die andere Theorie erklärt, ist er seiner ganzen Einstellung und seiner Erkenntnis der juristischen Grundbegriffe nach durchaus den Weg v. Liszts, Wachenfelds und der anderen Vertreter der Theorie der Gesetzeskonkurrenz gegangen und kann wohl als einer der Ihren angesprochen werden.

Zum Schluß ist noch zweier Rostocker Dissertationen Erwähnung zu tun.

Sarter erkennt das Wesen der Idealkonkurrenz in dem Zusammentreffen der Elemente mehrerer strafbarer Handlungen bei Einheit der Tätigkeit[27]). Er steht auf dem Standpunkt der Verbrechenseinheit bei Idealkonkurrenz, nähert sich aber schon bedenklich der Meinung der Theorie, die wir im vorliegenden Falle ablehnen mußten. Seine Worte klingen so, als ob er zwei strafbare Handlungen als der einen Tätigkeit entstammend erkennt. Richtiger hätte er gesagt, wenn er die von uns gewählte Formulierung nicht gelten lassen will, Zusammentreffen mehrerer Tatbestandsmerkmale verschiedener Deliktsbegriffe bei Einheit der Tätigkeit. Er wird deshalb auch von der Gegenmeinung z. B. von Vanselow, als Vertreter der Theorie der Verbrechensmehrheit bei Idealkonkurrenz bezeichnet.

Malle schließt sich der unter diesem § behandelten Theorie der Idealkonkurrenz als Gesetzeskonkurrenz ohne irgendwelche Bedenken oder Abweichungen von den Vertretern dieser Theorie, wie Wachenfeld oder v. Liszt, an. Es genügt, ihn hier zu erwähnen[28]).

Nach der von uns im ersten Teil gewählten Entwicklung des Handlungs- und Verbrechensbegriffes ausgehend,

---

26) *cf.* a. a. O. S. 7.

27) a. a. O. S. 64.

28) Das Wesen der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz und ihre Abgrenzung im deutschen Strafgesetzbuch. S. 48 ff.

können auch wir folgerichtig zu keinem anderen Resultat kommen. Unsere Ansicht ist also auch die, daß die Idealkonkurrenz echte Gesetzeskonkurrenz ist. Es liegt also ein Fall der Verbrechenseinheit vor.

Aus diesem Grunde verwerfen wir auch die allgemein gewählte Terminologie „Idealkonkurrenz" und geben denen Recht, die sie als Gesetzeskonkurrenz bezeichnen wollen.

Dieser Schluß, zu dem wir kamen, ist auch der einzige, der dem Wortlaut des § 73 StGB. gerecht wird. Voraussetzung ist nach ihm, daß eine und dieselbe Handlung vorhanden ist. Daß Gesetze konkurrieren, wird dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der § ausdrücklich eine Auswahl unter den zur Anwendung möglichen Gesetzen trifft: „so kommt dasjenige Gesetz zur Anwendung, das ....." Das StGB. steht also ausdrücklich auf dem Boden der Theorie der Gesetzeskonkurrenz.

Wenn man diejenige Meinung als die herrschende bezeichnet, die die Kraft der Wirkung auf das neue, werdende Recht hat, so können wir die von uns vertretene Theorie als die der herrschenden Meinung bezeichnen.

Schon der Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch von 1909 gibt im § 90 dem deutlichen Ausdruck: „Verletzt eine Handlung mehrere Strafgesetze, so ist die Strafe aus dem Gesetz zu bestimmen, daß die schwerste Strafe, bei ungleichen Strafarten die schwerste Strafart androht. Nebenstrafen und sichernde Maßnahmen sind hierbei nicht zu berücksichtigen. Auf sie muß oder kann erkannt werden, wenn sie in einem der verletzten Gesetze vorgeschrieben oder zugelassen sind." Aus diesem Wortlaut sowie aus den eingehenden Motiven zu diesem § geht zur Evidenz hervor, welche Meinung der Verfasser des Entwurfes in diesem Problem vertritt.

Der Ansicht des VE. schließt sich der Gegenentwurf des Jahres 1911, wie es in den Motiven heißt[29]), ausdrücklich an.

Auch der Formulierung des Vorentwurfes folgt der Kommissionsentwurf von 1913. Dieser Entwurf bringt nur die Neuerung, daß auf keine niedrigere Strafart und auf kein geringeres Strafmaß erkannt werden darf als eins der verletzten Gesetze vorschreibt.

Eine Aenderung in irgendeiner Beziehung bringt auch der § 32 des Entwurfes von 1919 nicht.

Infolge den Bestrebungen, zwischen den Staaten Deutschland und Oesterreich eine Rechtsgleichheit herbeizuführen, ist auch der österreichische Gegenentwurf von 1919

zu berücksichtigen. Dieser weicht von den deutschen Entwürfen, was die hier behandelte Materie betrifft, erheblich ab. Sein § 31 lautet: „Hat jemand durch dieselbe oder verschiedene Taten mehrere strafbare Handlungen begangen, so ist über ihn eine Gesamtstrafe von einer der auf die einzelnen strafbaren Handlungen gesetzten Strafarten zu verhängen. Die Gesamtstrafe darf nicht von leichterer Art als die schwerste Strafe, die nach dem Gesetz verhängt werden müßte, sein, wenn jede der strafbaren Handlungen abgesondert bestraft würde." Der österreichische Entwurf macht also weder hinsichtlich der begrifflichen Bestimmung noch hinsichtlich der Behandlung von Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz irgendwelche Unterschiede. Er faßt alle beide Fälle als Fälle echter Verbrechenskonkurrenz auf. Dem entspricht denn auch die ganz gleichmäßige Behandlung.

Dieser von uns nicht zu billigenden Stellungnahme des österreichischen Entwurfs sind die folgenden deutschen Entwürfe nicht gefolgt. Der Entwurf von 1925 lautet im § 63: „Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder hat jemand mehrere selbständige Taten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen."

Der Entwurf hat also wohl mit dem Prinzip der unterschiedlichen Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz gebrochen, hat aber dennoch an der begrifflichen Unterscheidung der beiden Gebilde festgehalten. Insofern nimmt er dieselbe Stellung ein wie seine Vorgänger. Er erkennt die Idealkonkurrenz in dem von uns vertretenen Sinne als eine Konkurrenz von Strafgesetzen um Anwendung an. Die strafenmäßige Behandlung, die er ihr angedeihen lassen will, entspricht den Folgerungen, die sich aus der begrifflichen Eigenart der Idealkonkurrenz ergeben.

Auch der Entwurf von 1927 behält das Prinzip der gleichmäßigen Behandlung von Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz bei. Aber er behält auch die begriffliche Scheidung beider als Verbrechens- resp. Gesetzeskonkurrenz bei. Sein § 65 lautet: „Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder ist durch dieselbe Tat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt worden, oder hat jemand mehrere selbständige Taten begangen, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen." Schon früher ist darauf aufmerksam gemacht worden, daß von dem Standpunkt, den der Entwurf einmal in dieser Frage eingenommen hat, das Gleichstellen der Fälle der gleichartigen Idealkonkurrenz denen der ungleichartigen Idealkonkurrenz ein logischer Fehler ist. Zu beachten ist,

daß der Entwurf von 1927 wie es übrigens auch schon in der Reichstagsvorlage geschehen war, statt des Wortes „Handlung" das Wort „Tat" gebraucht, während die Motive nach wie vor das Wort Handlung gebrauchen. Ein begrifflicher Unterschied zwischen dem hier gebrauchten Wort „Tat" und dem sonst üblichen „Handlung" besteht aber nicht. Man wollte vielleicht um der vielen Kontroversen, die sich an den Handlungsbegriff anschließen, willen einen neutralen Ausdruck wählen. Von den Motiven des Entwurfes wird dann noch hervorgehoben, daß unter die Regelung des § 65 auf keinen Fall die Fälle der sogen. Gesetzeskonkurrenz fallen: „Von der Verletzung mehrerer Strafgesetze verschieden ist der Fall der Gesetzeskonkurrenz. Sie liegt vor, wenn auf eine Tat zwar dem Wortlaute nach mehrere Strafvorschriften zutreffen, sich aber aus dem Verhältnis der Vorschriften zu einander ergibt, daß in Wirklichkeit nur eine von ihnen verletzt ist. ..... Ein Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen liegt mithin bei der Gesetzeskonkurrenz nicht vor." Diese Worte sind angeführt worden, weil sie mit noch größerer Klarheit ergeben, daß der Entwurf bezüglich der Idealkonkurrenz die von uns vertretene Ansicht teilt.

Die Regelung des Entwurfes bezüglich der strafenmäßigen Behandlung bei Vorliegen eines Falles der Idealkonkurrenz entspricht durchaus den Forderungen, die sich aus der Natur dieser Institution ergeben. Sie stimmt mit den Forderungen der von uns vertretenen Theorie überein.

Wenn man diese Stellungnahme der Entwürfe betrachtet, die sich ausnahmslos der von uns vertretenen Ansicht anschließen, so darf man vielleicht die Vermutung aussprechen, daß unser künftiges Recht wie das geltende Recht sich auf den von uns vertretenen Standpunkt stellen wird, durch den einzig und allein die begriffliche Natur dieses Gebildes erkannt wird, nämlich als eines Zusammentreffens von verschiedenen abstrakten Gesetzestatbeständen, die um Anwendung auf einen konkreten Tatbestand in Konkurrenz treten.

§ 3.

Die Judikatur des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht ist in seiner Rechtsprechung die Materie der Idealkonkurrenz betreffend nicht folgerichtig nach der einen oder der anderen Theorie vorgegangen, sondern es verwendet bald die Prinzipien der einen, bald die der anderen.

Deutlich ausgesprochen ist die Ansicht des Reichsgerichts, daß im Falle des § 73 Verbrechenskonkurrenz vorliege, in der folgenden Entscheidung[1]): „Die Strafkammer konnte, nachdem sie in derselben Handlung mit Grund ein Zusammentreffen verschiedener Straftaten im Sinne des § 73 und nicht etwa die bloße Konkurrenz verschiedener Strafgesetze erkannt hatte, sich auf eine ausdrückliche Entscheidung über die schwerere Gesetzesverletzung nicht beschränken, da nach § 263 (jetzt § 264) StPO. die Tat nach allen sich darbietenden rechtlichen Gesichtspunkten der Prüfung des Richters unterliegt und das Ergebnis dieser Prüfung in dem Urteil zum Ausdruck zu bringen hat. „..... Es sollen also bei idealem Zusammentreffen nach Ansicht des Reichsgerichts mehrere Straftaten = Verbrechen, verübt durch eine Handlung vorliegen. Eine jede hat im Urteil erwähnt zu werden, und eine jede findet ihre Strafe, die aber schon in der nach dem das höchste Strafmaß androhenden Gesetz verhängten Strafe enthalten ist. Denselben Gedanken bringt auch die Entscheidung im 20. Bande S. 312 zum Ausdruck: „In letzterem Falle ist der Tatbestand aller Straftaten festzustellen. Es ist die Schuld wegen aller Reate auszusprechen“ [2]).

Es lassen sich aber auch eine Reihe Ausnahmen des Reichsgerichts von diesem Standpunkte konstatieren. So heißt es z. B. in einer Entscheidung[3]): „Aus der Fassung des Eröffnungsbeschlusses ergibt sich, daß hier nur eine einzige, mehrere Strafgesetze verletzende Handlung, nicht aber eine Mehrheit von strafbaren Handlungen unter Anklage gestellt wurde. ..... Immer aber muß die durch das Urteil zu treffende Entscheidung die durch den Eröffnungsbeschluß unter Anklage gestellte Tat als ein Ganzes umfassen und kann es, wie das Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, nicht angehen, daß von einem einzigen rechtlichen Gesichtspunkte der nämlichen Tat freigesprochen wird“ [4]). Der erste Strafsenat kommt also zu der Entscheidung, daß eine teilweise Freisprechung von den Kosten im Falle des Vorliegens einer Idealkonkurrenz nicht möglich ist. Eine solche Entscheidung des Reichsgerichts kann ihren Grund aber nur in einer Auffassung haben, daß die Fälle der Idealkonkurrenz Fälle der Verbrechenseinheit sind. Von dem Standpunkt der Theorie ausgehend, die im Falle

1) RGE. Bd. 4 S. 180.
2) Vergleiche hierzu auch RGE. 22 S. 388: R. 10 S. 519.
3) R. 5 S. 605.
4) Rechtsprechung 8 S. 240.

der Idealkonkurrenz Verbrechensmehrheit für vorliegend erachtet, würde es einzig und allein der Billigkeit entsprechen, einen teilweisen Freispruch von den Kosten des Gerichtsverfahrens zu gewähren,, wenn von dem einen „Verbrechen" freigesprochen werden müßte. Der erste Strafsenat steht also bei dieser Entscheidung auf dem Boden der Theorie der Gesetzeskonkurrenz.

Einen zur Theorie der Gesetzeskonkurrenz hinneigenden Standpunkt nimmt auch der zweite Strafsenat des Reichsgerichts ein, der in der Entscheidung vom 30. III. 1896 folgendes ausführte: „Denn auch der als vorhanden konstatierte rechtliche Gesichtspunkt des mitübertretenen Strafgesetzes, welches keine mildernden Umstände kennt, bildet einen integrierenden Bestandteil der einheitlichen Tat." Es soll also die Frage an die Geschworenen nach mildernden Umständen nur einmal inbezug auf die gesamte Tat gestellt werden. Auch diese Entscheidung müssen wir als den Ausfluß einer Ansicht, die dahingeht, die Idealkonkurrenz als Verbrechenseinheit anzusehen, erkennen. Würden nach Ansicht des Reichsgerichts mehrere Verbrechen in der Idealkonkurrenz zusammentreffen, so müßte auch die Frage nach mildernden Umständen so oft gestellt werden, als Verbrechen in der einen Handlung zusammentreffen.

Die gleichartige Idealkonkurrenz behandelt das Reichsgericht analog den Fällen der ungleichartigen Idealkonkurrenz, indem es die Bestimmungen über die ungleichartige Idealkonkurrenz, wie sie der § 73 enthält, analog anwenden will, ohne den Umstand zu berücksichtigen, daß eine analoge Anwendung des § 73 auf diese Fälle garnicht möglich ist. Denn der § 73 redet von verschiedenen Strafgesetzen, die durch die eine Handlung verletzt worden sind, und von der Anwendung nur des die schwerste Strafe androhenden Gesetzes. Hier ist ja aber nur ein Gesetz überhaupt verletzt worden, infolgedessen kommt eine Anwendung des die schwersten Strafen androhenden Gesetzes ja auch nicht in Frage. Dieser Meinung des Reichsgerichts gibt folgende Entscheidung des Reichsgerichts Ausdruck: „Allerdings umfaßt der von dem idealen Zusammenfluß handelnde § 73 StGB. seinem Wortlaute nach nicht den Fall, wenn eine und dieselbe Handlung dasselbe Strafgesetz mehrfach verletzt. Allein der daselbst ausgesprochene Grundsatz, daß in dem Falle, daß, wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, nur ein Strafgesetz und zwar das die schwerste Strafe bzw. schwerste Strafart androhende zur Anwendung zu kommen hat, stellt es außer Zweifel, daß

auch in dem Falle, wenn eine und dieselbe Handlung eine mehrfache Verletzung desselben Strafgesetzes enthält, das betreffende Strafgesetz nur einmal zur Anwendung gebracht werden darf“ [5]).

Das Reichsgericht hält eine ideale Konkurrenz für möglich sowohl zwischen vorsätzlichen Gesetzesverletzungen wie auch zwischen fahrlässigen wie auch zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen. Ebenfalls kann Idealkonkurrenz zwischen versuchten und vollendeten Gesetzesverletzungen vorliegen.

Ganz deutlich kommt aber noch einmal die Ansicht des Reichsgerichts in folgender Entscheidung zum Ausdruck: „Man darf zunächst den Fall einer Handlung, welche mehrere Strafgesetze verletzt, ungeachtet der im § 73 über die Bestrafung einer solchen Handlung gegebenen Bestimmung, nicht dem Fall der Konkurrenz mehrerer Strafgesetze gleichstellen, ... Wollte man die Worte desselben: „Es kommt nur dasjenige Strafgesetz, welches die schwerste Strafe androht, zur Anwendung“ in dem Sinne verstehen, daß nur dieses schwerste Gesetz als durch die Handlung verletzt zu betrachten sei, so würde man hiermit den Fall der Idealkonkurrenz in einen Fall der Gesetzeskonkurrenz verwandeln, wovon die Folge wäre, daß eine Handlung, welche beispielsweise sowohl die Merkmale des Betruges als auch die einer schweren strafbaren Fälschung hätte, dennoch nicht als Betrug bestraft werden könnte, und dann könnte ein späterer einfacher Betrug desselben Angeklagten nicht im Rückfalle begangen sein“ [6]).

Die Stellungnahme des Reichsgerichts ist also nicht ganz zweifelfrei und konsequent. Der höchste Gerichtshof des deutschen Reiches hat nicht eine prinzipielle Ansicht für diese Materie des Rechtes entwickelt, sondern spiegelt die ganze Zerrissenheit der Meinungen, welche in der Wissenschaft über den Gegenstand herrscht, wieder.

§ 4.

Die Behandlung der Fälle der Idealkonkurrenz.

Nach § 73 StGB. hat nur dasjenige Gesetz, das in abstracto die schwerste Strafe androht, zur Anwendung zu kommen. Dies ist, wenn in den für den konkreten Fall in Frage kommenden Gesetzen die gleiche Strafart angedroht ist, das Gesetz, welches das höchste Maximum als mögliche Strafe vorschreibt. Sehen die einzelnen Gesetze dagegen

5) RGE. 2 S. 255, S. 267.
6) RGE. 18 S. 199.

verschiedene Strafarten als Höchststrafen vor, so kommt das Gesetz mit der höchsten Strafart zur Anwendung. Die Strafarten folgen so aufeinander, daß schwerste Strafart stets die Todesstrafe ist. Ihr folgen die Freiheitsstrafen in der Reihenfolge von Zuchthaus, Gefängnis, Festung und Haft. Geringste Strafart ist stets Geldstrafe. Dies ist durch eine ganze Reihe von Reichsgerichtsentscheidungen festgestellt worden [1]).

Wenn nun aber die gleiche Strafart von beiden Gesetzen als höchste Strafart vorgeschrieben ist, so kommt ja das Gesetz, welches die quantitativ höchste Strafe kennt, zur Anwendung. Ist auch dieses gleich, so ist das Gesetz mit dem höheren Minimum das schwerere [2]). Mildernde Umstände, welche das eine Gesetz vorsieht, wirken nicht so, daß das Gesetz als das mildere erscheint [3]).

Nach dem auf diese Weise ermittelten Gesetz ist vom Richter die Strafe festzusetzen. In dem Erlaß und der Festsetzung der Strafe ist er aber keineswegs irgendwie durch das Gesetz gebunden. Innerhalb des Strafrahmens hat er sie nach freiem Ermessen, wie er sie der Billigkeit für angemessen erachtet, festzusetzen. Es hindert ihn also auch keine legale Vorschrift, im Falle der Idealkonkurrenz auf das Minimum zu erkennen, wenn er diese Strafe für die angemessene hält. Dies ist sogar dann möglich, wenn dadurch auf eine geringere Strafe erkannt wird, als sie die ausgeschalteten Gesetze in ihrem Minimum zulassen. Es ergibt sich allerdings dann der Tatbestand, daß ein Delikt um deswillen milder bestraft wird, weil dieselbe Handlung gleichzeitig auch noch ein Gesetz mit höherer Strafandrohung verletzt hat. Ein solches Ergebnis aber widerspricht den Billigkeitsgrundsätzen bei der Strafzumessung und ist deshalb zu verwerfen. Dies ist von einer ganzen Reihe Schriftsteller richtig erkannt worden [4]). Dennoch ist aber diese Befürchtung wohl mehr eine in der Theorie bestehende. Es wird wohl kaum ein Richter zu finden sein, der ein solches Urteil spricht.

Die Ermittlung des schwersten Gesetzes soll häufig nach anderen Gesichtspunkten durchgeführt werden. Die Grundsätze, die wir für sie aufgestellt haben, sind von manchen bestritten, umsomehr als das Gesetz keine Anwei-

1) RGE. 2 S. 205; 42 S. 427; 51 S. 327; 57 S. 193.
2) RMG. 13 S. 189.
3) RGE. 53 S. 47; 54 S. 29.
4) *cf.* Wachenfeld, L. S. 266; Finger I, S. 540 Frank S. 219; Olshausen u. a. m.

sungen gibt, was es als das Gesetz mit der höchsten Strafdrohung ansieht. So vertritt z. B. Merkel den Standpunkt, daß man, um das Gesetz mit der schwersten Strafdrohung zu ermitteln, das arithmetische Mittel zwischen dem Maximum und Minimum eventuell durch Umrechnung der schwereren Strafart in die leichtere, errechnen müsse[5]).

Einen anderen Vorschlag macht Reiffel, der die schwerste Strafandrohung durch das schwerste Minimum bestimmt sein lassen will[6]). Er führt zur Begründung an, daß diese Strafe stets für eine unter den Tatbestand fallende Handlung angedroht sei.

Die herrschende Meinung jedoch vertritt die von uns aufgestellten Grundsätze auch für den Fall, daß dadurch eine Unbilligkeit im einzelnen Fall, daß nämlich auf das geringere Minimum erkannt wird[7]), entsteht.

Die Verurteilung hat nach § 274 StPO. auf Grund aller Gesetzesverletzungen zu erfolgen. Es muß die Verurteilungen wegen aller Gesetzesverletzungen im Tenor des Urteils ausgesprochen werden[8]). Vgl. hierzu auch das Reichsgericht: „Da die Tat nach § 273 StPO. nach allen sich darbietenden Gesichtspunkten der Prüfung des Richters unterliegt und das Ergebnis dieser Prüfung im Urteile zum Ausdruck zu kommen hat...."[9]) und „In letzterem Falle ist der Tatbestand aller Straftaten festzustellen, es ist die Schuld wegen aller Reate auszusprechen"[10]).

Da das strengste Gesetz allein anzuwenden ist, so kann also auch nicht auf Nebenstrafen, welche dem an und für sich milderen Gesetz eigen sind, erkannt werden[11]). Dies folgt aus dem Prinzip der Absorption, das der § 73 zum Ausdruck bringt. Diese Absorption erstreckt sich aber nur auf die Strafdrohungen. Die Strafe ist eine einheitliche für alle Gesetzesverletzungen. Dies ist wichtig für den Fall der Rückfallstrafe. Es ist also sehr wohl der Betrug, der in

---

5) *cf.* Merkel, in Holzendorff's Handbuch II, S. 583 ff. Diesen Weg befürwortet auch Baumgarten S. 93 94.

6) Reiffel, GS. Bd. XXXIX S. 504 f.

7) So Köhler, Deutsches Strafrecht S. 148; Liszt § 56; Höpfner II, S. 72 ff.; RGE. Bd. 8 S. 84; Bd. 16 S. 301; Bd. 39 S. 155.

8) Wachenfeld, Lehrbuch S. 266 267: v. Liszt § 56; Höpfner II, S. 72; Baumgarten S. 96; Beling, Lehre vom Verbrechen S. 307; Frank S. 220; RGE. Bd. 18, 193.

9) RGE. 4 S. 180.

10) RGE. 20, 312.

11) RGE. 4 S. 218; 5 S. 420; 6 S. 180; 10 S. 206; 53 S. 290.

idealer Konkurrenz mit Urkundenfälschung begangen ist, durch die nach § 73 verhängte Strafe betroffen worden, wenn auch die Strafdrohung des Betrugsparagraphen durch die Strafdrohung der Gesetzesbestimmung über Urkundenfälschung absorbiert, von der Anwendung ausgeschlossen ist. Dieser Ansicht ist z. B. auch Wachenfeld[12]).

Neben dieser Strafe kann aber auch dann auf Buße erkannt werden, wenn eines der milderen verletzten Gesetze diese vorsieht. Ebenfalls kann auf Maßnahmen der Sicherheit und Besserung erkannt werden, obwohl das Strafgesetz keine Bestimmung hierüber enthält. Das folgt daraus, weil diesen Maßnahmen nicht die Eigenschaft der Strafe innewohnt[13]).

Auch die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch haben im wesentlichen dieselbe strafenmäßige Behandlung beibehalten. Allen eigen ist, daß nur eine einzige Strafe überhaupt zur Verhängung kommt, wie es ja dem Wesen der Idealkonkurrenz als einer Verbrechenseinheit allein entspricht. In unserem Sinne ist sie die einzig mögliche Lösung. Doch es wurden auch Stimmen laut, die vom Standpunkt der Idealkonkurrenz als Verbrechensmehrheit aus forderten, „daß auch bei Idealkonkurrenz für jede Straftat zunächst die entsprechende verwirkte Einzelstrafe ausgeworfen und daraus eine Gesamtstrafe gebildet werde“[14]). Eine solche Forderung ist von unserem Standpunkte aus natürlich abzulehnen.

Auch die Entwürfe lassen das Gesetz mit der höchsten Strafandrohung zur Anwendung gelangen, indem aus diesem die Strafe gebildet wird, und zwar bestimmen sie das schwerste Gesetz aus denselben Gesichtspunkten heraus, die auch schon im positiven Recht und nach den Lehrmeinungen zur Anwendung gelangten. Die einzelnen Entwürfe vermeiden dann noch durch positive Bestimmungen gewisse Unklarheiten, die das positive Recht infolge Mangels an Bestimmungen ließ, so z. B. bestimmen sie, daß Nebenstrafen und sichernde Maßnahmen zu verhängen sind, wenn auch nur eines der verletzten Strafgesetze sie vorsieht, sie schließen die Möglichkeit aus, daß auf eine leichtere Strafe erkannt

---

12) *cf.* denselben: Theorie der Verbrechenskonkurrenz: Oppenhoff, Pr. Strafgesetzbuch, § 55 Note 11. RGE. 18 S. 201 f. a. A. v. Liszt in den früheren Auflagen. Schneider, Z. f. d. ges. Str.W. Bd. XV S. 184.

13) RGE. 12 S. 223; 53 S. 206; 46 S. 132; 8 S. 330.

14) *cf.* Wachenfeld, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß Bd. 69 S. 363.

15) *cf.* Lobe, DJZ. Bd. 47 S. 663/664.

wird, als nach einem der mitverletzten Strafgesetze möglich ist, weil das Strafgesetz mit dem höheren Maximum zugleich auch das niedrigere Minimum hat, sie beheben die Zweifel, ob die Verletzung eines Strafgesetzes, die in Idealkonkurrenz begangen ist, den Grund für eine Rückfallsbestrafung hergibt, obwohl die Strafe nach einem anderen Strafgesetz bestimmt ist. Alle diese Einzelheiten sind aber schon an anderer Stelle im einzelnen berücksichtigt worden, so daß an dieser Stelle auf sie verwiesen werden kann.

Jedenfalls können wir von unserem Standpunkt aus mit der Behandlung, die die neuen Entwürfe für die Idealkonkurrenz vorschreiben, uns einverstanden erklären.

§ 5.

Die Abgrenzung der Idealkonkurrenz von der Gesetzeskonkurrenz und der Realkonkurrenz.

Ueber das Wesen der „Gesetzeskonkurrenz" ist man sich in der Wissenschaft wohl allgemein einig[1]). Sie liegt dann vor, wenn durch eine einzige Handlung eine Mehrheit von Gesetzen verletzt zu sein scheint. Diese Gesetze schließen sich jedoch bei richtiger Interpretation des Gesetzestextes bis auf eines aus, das imstande ist, den gesamten Inhalt der Handlung unter sich zu begreifen. Es liegt also nur eine scheinbare Gesetzeskonkurrenz vor, d. h. wenn es nur eine scheinbare Gesetzeskonkurrenz ist, dann also keine Konkurrenz. Die Gesetzeskonkurrenz entpuppt sich als ein Subsumtionszweifel, der sich dem kundigen Gesetzesinterpreten alsbald löst[2]).

Im Gegensatz hierzu steht die Idealkonkurrenz. Auch hier passen auf die eine Handlung eine Mehrheit von Strafgesetzen, aber so, daß keines der Strafgesetze das andere durch seine Anwendung ausschließt. Sie gelten nebeneinander, treten also in Wettbewerb um Anwendung. Die Idealkonkurrenz ist also der einzige Fall echter Gesetzeskonkurrenz.

Folgende Fälle der Gesetzeskonkurrenz lassen sich unterscheiden:

1. Die Fälle, in denen die Gesetzesbestimmungen untereinander im Verhältnis der Subsidiarität stehen. Wenn sich nicht eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzgebers,

1) *cf.* Binding, Handbuch S. 333, 526 ff; Wachenfeld, Verbrechenskonkurrenz S. 52 ff.; v. Liszt, L. S. 240; Hälschner, D. gem. deutsche Strafrecht, I, S. 659; Heinemann a. a. O. S. 101 ff.; Olshausen § 73; Beling, L. v. B. S. 303 ff.; Frank zu § 73.

2) Der Ausdruck stammt von Schütze, Z. f. d. g. Str. W. III, S. 55.

daß die Gesetzesbestimmung nur subsidiäre Geltung gegenüber anderen Gesetzesbestimmungen haben soll, wie es z. B. im § 207 der Fall ist, der lautet: „Ist eine Tötung oder Körperverletzung mittels vorsätzlicher Uebertretung der ... Regeln des Zweikampfes bewirkt worden, so ist der Uebertreter, sofern er nicht nach den vorhergehenden Bestimmungen eine härtere Strafe verwirkt hat, ... zu bestrafen", findet, so ist aus der Stellung des § innerhalb des Strafgesetzbuches und aus dem Zusammenhang zu entnehmen, wann die einzelne Gesetzesbestimmung Anwendung zu finden hat.

2. Die Fälle der Spezialität, die dann vorliegen, wenn durch die Handlung wohl der Tatbestand einer generellen Handlung erfüllt ist, der Gesetzgeber aber für den konkreten Fall um gewisser Umstände willen eine leichtere oder schwerere Bestrafung für angebracht hält. In diesem Verhältnis stehen zu einander § 370 pos. 5 Mundraub zu den § 242 und § 243, den Bestimmungen über den einfachen und schweren Diebstahl. Die Tötung auf ausdrückliches Verlangen § 216 zu den übrigen §§ über die Tötung. Desgleichen auch der Notdiebstahl, Notunterschlagung, Notbetrug zu den §§ 242, 246 und 263. Zusammenfassend lassen sich die Fälle der Spezialität so ordnen: es können zusammentreffen a) die Bestimmung über das einfache Delikt mit der des qualifizierten, b) des generellen mit der des privilegierten, c) des privilegierten mit der des qualifizierten. Für die übrigen Fälle haben wir schon oben Beispiele angeführt. Ein Beispiel für den Fall unter c) ist es, wenn ein Ehegatte gegenüber dem andern Gatten einen schweren Diebstahl begangen hat. Für die Fälle der Spezialität gilt noch heute der römische Satz: lex specialis derogat lege generali.

3. Die Fälle der Konsumtion. So konsumiert der Verletzungsparagraph stets den Gefährdungsparagraphen, wenn eine Verletzung eingetreten ist. Die Tötungsbestimmungen konsumieren die Verletzungsbestimmungen, da eine Tötung nie ohne Verletzung der körperlichen Integrität gedacht werden kann. Ferner wird durch die Anwendung der Bestimmung über die vollendete Handlung stets die Bestimmung über die versuchte ausgeschlossen. § 206 konsumiert den § 211. Früher gehörten hierher auch die Fälle, in denen die Paragraphen über Tötung und Beleidigung von Fürsten, die als Hochverrat anzusehen waren, die Bestimmungen über Tötung und Beleidigung § 185 und § 211 ff. ausschlossen.

Dies sind die Hauptfälle der „Gesetzeskonkurrenz". Von einigen Schriftstellern wird noch eine besondere Gruppe, die Fälle der Alternativität, aufgestellt. Ueber diese Gruppe herrscht keine so absolute Einigkeit in der Wissenschaft wie sonst bei der Frage des Gesetzeskonkurrenz[3]). In einem solchen Verhältnis zu einander sollen z. B. die Bestimmungen über Mord § 211 und Totschlag § 212, über Diebstahl und Unterschlagung stehen. Gewisse Tatumstände, die das eine Gesetz berücksichtigt, schließen die Anwendbarkeit des anderen aus. So schließt das Moment der Ueberlegung die Subsumtion unter den Totschlagsparagraphen aus.

Das wichtigste Ergebnis der Gegenüberstellung der sogenannten Gesetzeskonkurrenz zur Idealkonkurrenz ist darin zu sehen, daß wir imstande sind, daraus zu entnehmen, zwischen welchen Gesetzesbestimmungen eine Idealkonkurrenz überhaupt möglich ist.

Es ist notwendig, daß die konkurrierenden Strafgesetze selbständige Gesetzesbestimmungen sind, in dem Sinne, daß ihre Tatbestände selbständig sind, nicht ist Voraussetzung, daß die Gesetzesbestimmungen unter besonderen §§ des StGB. oder der strafrechtlichen Nebengesetze aufgeführt sind. So steht wohl § 221, I zu § 221, II und IV im Verhältnis der Spezialität. Aber zwischen § 221, II und § 221, III kann sehr wohl Idealkonkurrenz bestehen, wenn nämlich durch eine von den Eltern erfolgte Aussetzung der Tod oder eine schwere Körperverletzung eingetreten ist. Selbständige Gesetzesbestimmung ist dagegen nicht der Versuchsparagraph im Verhältnis zur Bestimmung über die vollendete Handlung, so daß eine Idealkonkurrenz zwischen diesen beiden Bestimmungen absolut unmöglich ist. Wohl kann aber der Versuchsparagraph in Verbindung mit einer selbständigen Bestimmung des StGB. oder der Nebengesetze idealiter mit einer anderen selbständigen Gesetzesbestimmung konkurrieren. Es ist also Idealkonkurrenz zwischen Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung und versuchtem schweren Diebstahl nach § 243 pos. II möglich, wenn nur eine einzige Handlung vorliegt.

Im Gegensatz zur Idealkonkurrenz steht die Realkonkurrenz. Bei ihr liegt eine Mehrheit von Verbrechen vor. Diese mehreren Verbrechen sind durch mehrere selbständige

---

3) Der Begriff der Alternativität wird anerkannt von v. Liszt S. 240; Meyer-Allfeld S. 236; Finger, Lehrbuch S. 377.

Handlungen begangen. Das Kriterium der Realkonkurrenz ist es, daß die sämtlichen Verbrechen in einer Verurteilung zusammentreffen können. Zusammen abgeurteilt aber können sie werden, wenn sie sämtlich zu einer Zeit begangen wurden, als noch keins von ihnen in erster Instanz abgeurteilt war.

Für die Fälle der Realkonkurrenz gilt grundsätzlich das Kumulationsprinzip. Für die wichtigsten Fälle aber, nämlich für das reale Zusammentreffen von Verbrechen und Vergehen gilt jedoch die Ausnahme, daß eine Gesamtstrafe gebildet werden muß, die geringer sein muß als die verwirkten Einzelstrafen in ihrer Summe ausmachen, diese Gesamtstrafe muß sich aber als eine Erhöhung der schwersten verwirkten Einzelstrafe darstellen. Wenn nur Geldstrafen verhängt werden können, so muß auf sie in der vollen Höhe der Summe, die sie zusammengezählt ausmachen, erkannt werden. Der § 79 gibt dann noch die wichtige Bestimmung für die Realkonkurrenz, daß auch dann noch Realkonkurrenz vorliegt und im Urteil zu berücksichtigen ist, wenn schon Verurteilung und Antretung der Strafe erfolgt ist, bevor über eine in Realkonkurrenz begangene Tat das Urteil ausgesprochen ist. Diese Bestimmung findet jedoch keine Anwendung, wenn schon der Strafanspruch des Staates gegen den Delinquenten aus irgendwelchen Gründen nicht mehr wegen der früher begangenen Taten besteht. Dieser Satz hat seinen Grund in den Erwägungen, die zu der Bildung einer Gesamtstrafe bei der Realkonkurrenz geführt haben. Diese sind nämlich nicht nur die Erwägungen, daß manche Strafen nicht miteinander vereinbar sind, wie z. B. die Todesstrafe mit irgendeiner Freiheitsstrafe, sondern auch die Billigkeitsbedenken gegen den Delinquenten, nachdem man einmal erkannt hatte, daß die Härte der Strafen (Freiheitsstrafen) nicht im Verhältnis der Länge der Dauer, sondern sozusagen im Verhältnis der Quadrate ihrer Dauer wächst.

Wenn nun aber der Anspruch des Staates gegen einen Verbrecher hinfällig geworden ist, dann kommen diese Erwägungen nicht mehr in Betracht. Es kann also die Strafe ohne Rücksicht auf die Prinzipien bei der Bestrafung der Realkonkurrenz ausgesprochen werden.

Ueber das Wesen der Realkonkurrenz ist man sich in der Wissenschaft und der Praxis allgemein einig. Man erkennt einstimmig an, daß die Realkonkurrenz ein Fall echter Verbrechenskonkurrenz ist. Die Theorie der Gesetzeskonkurrenz ist der Meinung, daß sie der einzige Fall echter Verbrechenskonkurrenz ist.

Lebenslauf.

Ich wurde am 28. Februar 1905 geboren. Nachdem ich zu Ostern 1924 das Reifezeugnis der Gymnasialen Studienanstalt zu Rostock erworben hatte, studierte ich in Rostock und Heidelberg Rechtswissenschaft. Am 14. November 1927 bestand ich vor dem Prüfungssenat des Landgerichts zu Rostock das erste juristische Staatsexamen. Zur Zeit des Bestehens des rigorosum war ich als Gerichtsreferendar bei dem Amtsgericht in Rostock beschäftigt. Am 17. Dezember 1927 promovierte ich mit der vorliegenden Arbeit und erhielt das Prädikat „cum laude".